SUPPLEMENTO

AI

PRINCIPII DI DIRITTO CIVILE

SUPPLEMENTO

AI

PRINCIPII

DI

DIRITTO CIVILE

DI

FRANCESCO LAURENT

PROFESSORE ALL' UNIVERSITÀ DI GAND

PER

RAIMONDO JANSSENS
Primo avvocato generale alla Corte d'appello
di Bruxelles.

GIOVANNI SERVAIS
Avvocato generale alla Corte d'appello
di Bruxelles.

PAOLO LECLERCQ
Sostituto procuratore generale alla Corte d'appello
di Bruxelles.

LEONE SIVILLE
Consigliere emerito della Corte d'appello
di Liegi.

UNICA TRADUZIONE ITALIANA AUTORIZZATA
curata dall'avv. Arturo Vedani

Volume Primo

MILANO
SOCIETÀ EDITRICE LIBRARIA
Via Kramer 4 - Gall. De Cristoforis, 54

1903

For K1
V

ABBREVIAZIONI

Belg. jud. — Belgique judiciaire.
CL. et BONJ. — Cloes et Bonjean.
D. P. — Dalloz, Recueil périodique.
DALL. *Rép.* — Repertorio del Dalloz.
DALL. *Rép. Supp.* — Supplemento al Repertorio del Dalloz.
FUZIER, *Rép.* — Repertorio di diritto francese di Fuzier-Herman.
J. Pal. — Journal du Palais.
J. Trib. — Journal des Tribunaux.
Pand. belges — Pandectes belges.
Pand. chron. — Pandectes chronologiques.
Pand. fr. — Recueil périodique de Pandectes françaises.
Pand. fr., Rép. — Répertoire des Pandectes françaises.
Pand. pér. — Pandectes periodiqués belges.
Pasic. — Pasicrisie belge.
Pasic. fr. — Pasicrisie française.
Pasic. Luxemb. — Pasicrisie Luxembourgeoise.
Pasin. — Pasinomie belge.
SIR., 1891, 1, 374. — Raccolta di leggi e sentenze del Sirey, 1891, parte I, p. 374.

N. B. — Il testo in carattere corsivo è il riassunto dei passi dell'opera del Laurent indicati in margine colla designazione del volume in cifre romane e del numero in cifre arabe.

PREFAZIONE

Pochi libri ebbero, sulla scienza del diritto civile, un'influenza raffrontabile a quella della magistrale opera di FRANCESCO LAURENT. È giunto il momento di metterla in relazione coi più recenti lavori, gran parte dei quali fu da essa ispirata. A questo fine Carlo Laurent, consigliere presso la Corte di cassazione del Belgio, aveva formato il progetto di preparare un supplemento ai *Principii di diritto civile* di Colui del quale così degnamente portava il nome; ma mentre stava per tradurre in realtà il suo pensiero, lo colse la morte. I collaboratori, ch'Egli aveva scelti, impresero a pubblicare il libro, il cui piano era stato concepito sotto la Sua direzione.

Presentare il sommario analitico o metodico completo dei *Principii di diritto civile;* indicare, sotto ciascuno dei numeri corrispondenti a quelli dell'Opera, le modificazioni legislative; citare le autorità che, dopo il LAURENT, ebbero a pronunziarsi in favore o contro l'opinione da Lui manifestata su ogni singola questione; specificare i punti sui quali dottrina e giurisprudenza hanno definitivamente accolto il parere dell'illustre professore; menzionare quelli riguardo ai quali si manifestò o si mantenne una divergenza; esporre e discutere gli argomenti *hinc inde* dedotti e concludere infine con quella completa libertà d'apprezzamento di chi sa quanta devozione nutrisse FRANCESCO LAURENT pel rispetto del vero giuridico: ecco il sogno vagheggiato dal figlio, ecco ciò che tentarono di raggiungere coloro i quali, da lui chiamati per collaborare a così alto compito, hanno trovato, nello stesso onore di tale scelta, l'incoraggiamento ad assolverlo in sua vece.

L'esecuzione di questo progetto richiese un lungo lavoro di preventiva ricerca, il cui resultamento potrà tuttavia essere condensato in un libro di mole relativamente modesta. Ben rare sono, infatti, le questioni interessanti il diritto civile che FRANCESCO LAURENT non abbia affrontate: molte, invece, quelle che Egli ha del tutto esaurite. Brevi indicazioni complementari bastano, nella maggior parte dei casi, per mettere l'Opera al corrente cogli ultimi lavori, e quando la materia necessita qualche sviluppo, gli Autori del *Supplemento* si sono preoccupati di riassumere le loro osservazioni in modo che il libro conservi le proporzioni richieste dall'indole e dalla destinazione sua.

Non è certo possibile rifare un'Opera come quella di FRANCESCO LAURENT; ma il tempo, che ne ha conservata la fama, avrebbe potuto farle perdere quel carattere di attualità indispensabile al pratico che cerca in un trattato l'insegnamento del maestro insieme alla soluzione dominante nella dottrina e nella giurisprudenza. Ecco quanto si preoccuparono d'impedire gli Autori del *Supplemento:* la loro fatica, modesta, ma indubbiamente utile, non ha altro scopo; mentre la venerazione per l'illustre professore avrebbe fatto parer loro quasi un sacrilegio completarne gli immortali *Principii* con diverso concetto.

Essi non hanno però trascurato nulla per assicurare al loro lavoro i vantaggi di un libro pratico che possa essere consultato agevolmente e permetta al lettore di trovare, colla maggiore rapidità, gli elementi per la soluzione di una determinata controversia e le autorità da consultare a tal uopo. Il *Supplemento* richiama i trattati di qualche importanza pubblicati in Francia e nel Belgio, nel campo del diritto civile, dopo la comparsa dei diversi volumi dei *Principii;* le raccolte e i repertorî da Sirey e Dalloz, dalle *Pandectes françaises* e dalle *Pandectes belges,* alla *Pasicrisie belge*, alla *Belgique judiciaire,* alla *Jurisprudence des tribunaux belges* ed alla *Pasicrisie luxembourgeoise:*

di guisa che l'opera che annunziamo costituisce insieme il complemento del trattato di FRANCESCO LAURENT e il repertorio metodico della dottrina e della giurisprudenza belga e francese in materia civile.

Il piano del *Supplemento*, concepito da Carlo Laurent e svolto poi dagli eminenti di lui collaboratori Raimondo Janssens, Paolo Leclercq e Giovanni Servais, non potè essere da costoro tradotto nel testo definitivo se non pel primo volume. Una divergenza circa i termini della pubblicazione, sorta fra essi e l'editore Bruylant, determinò questi a rivolgersi ad altro egregio magistrato, Leone Siville, consigliere emerito della Corte d'appello di Liegi, noto collaboratore d'importanti periodici legali, che potè consacrarsi interamente alla redazione del *Supplemento* del Laurent, rinunziando nel frattempo ad ogni altra collaborazione.

Leone Siville si è attenuto fedelmente al piano, così chiaro e metodico, dei suoi predecessori, limitando però, al fine di non eccedere i limiti assegnati al *Supplemento*, ai soliti punti necessari e indispensabili il commentario teorico sugli elementi di dottrina e di giurisprudenza conformi o contrari all'opinione espressa dal LAURENT nei suoi *Principii di diritto civile*.

I *Principii di diritto civile* di FRANCESCO LAURENT si trovano in tutte le biblioteche giuridiche; non vi ha studioso, nè pratico, anche presso di noi, che nel discutere a fondo una questione qualsiasi compresa nella materia possa prescindere dal consultarli; delle due edizioni che se ne fecero in Italia, la prima è del tutto esaurita e la seconda trova ogni giorno acquirenti. Nutriamo sicura fiducia che tutti quanti posseggono l'Opera magistrale vorranno procurarsi anche il *Supplemento*, che risparmierà loro, su ogni singola controversia, lunghe e spesso difficili ricerche di dottrina e di giurisprudenza.

INDICI DEL VOLUME PRIMO

A) INDICE ANALITICO

(Le cifre corrispondono ai numeri d'ordine del volume)

B) INDICE DEGLI ARTICOLI DEI CODICI

(Le cifre in carattere nero riproducono gli articoli dei codici; le più piccole si riferiscono ai numeri d'ordine dell'opera).

CODICE CIVILE

CODICE DI PROCEDURA CIVILE.

CODICE DI COMMERCIO DEL 1808.

CODICE PENALE DEL 1810.

CODICE PENALE DEL 1867

CODICE D'ISTRUZIONE CRIMINALE

COSTITUZIONE BELGA

C) INDICE DELLE ALTRE DISPOSIZIONI

delle leggi o dei regolamenti

A. — LEGISLAZIONE FRANCESE.

B. — LEGISLAZIONE BELGA.

D) RAFFRONTO

fra le disposizioni del codice civile italiano e le corrispondenti od analoghe del codice Napoleone

DISPOSIZIONI PRELIMINARI

Art.	Cod. Napoleone Art.	Art.	Cod. Napoleone Art.	Art.	Cod. Napoleone Art.
1	1	6	3	11	3
2	2	7	3	12	6

CODICE CIVILE

Art.	Cod. Napoleone Art.	Art.	Cod. Napoleone Art.	Art.	Cod. Napoleone Art.
1	8	42	135	100	170
3	7, 11, 13	43	136	101	171
4	9, 10	44	137	102	3
5	10	45	138	103	3
6	10	46	141	104	184
8	9	47	142	105	180
9	12	55	144	106	181
10	11, 13	56	147	108	182
11	17, 21	57	228	109	183
12	21	58	161	110	185
13	18, 21	59	162, 163	111	186
14	19	60	146, 174	113	188, 189
15	20	61	146, 174	116	201, 202
16	102	63	148-155	117	194
17	103-107	64	156	118	195
18	108-109	65	160	119	196
19	111	66	158, 159	120	197
20	112	68	145, 164	122	198
21	113, 114	70	63, 64	124	156
22	115	71	166-168	126	193
23	116, 118	72	63, 64	128	228
24	119	74	73	130	212, 213
25	118	76	64	131	214
26	120-123	77	65	132	213, 214
28	125	78	169	134	215, 217
29	126, 128	79	70, 73	135	220
30	127	81	73	136	218, 222
31	127	82	173	137	225
33	131	83	174	138	103
34	130	84	175	139	205
35	134	85	172	140	108, 206, 207
36	129	88	176	143	208
37	129	90	68	144	209
39	132	91	179	145	210, 211
40	133	93	74	147	204
41	130	94	75	148	227

Art.	Cod. Napoleone Art.	Art.	Cod. Napoleone Art.	Art.	Cod. Napoleone Art.
150	231, 299	380	59	1085	961
151	232	381	60	1087	961
153	272	382	62	1104	1108
154	302, 307	383	76	1107	1125
155	303	385	77	1109	1131
156	299, 301	386	78	1110	1131
159	312	387	79	1111	1111
160	312	388	80	1112	1112
162	312	389	81	1113	1113
172	321	390	82	1114	1114
178	229, 230	393	84	1119	1131
179	335	394	83	1120	1132
180	335	395	85	1122	1133
184	338	396	86, 87	1123	1134
194	331	398	88-90	1124	1134
195	331	399	88, 92, 96,	1127	1122
197	333	400	90-93	1140	1371
201	333	401	99	1146	1377
202	343	402	100	1151	1382
212	348	403	101	1170	1179
213	353	404	50, 51	1186	1200
222	275-381	421	535	1202	1217, 1218
224	389	424	535	1203	1219
228	384, 476	436	544	1204	1220
230	385	479	582	1218	1142
231	384	485	590	1221	1142
240	388	486	591	1234	1166
249	406	489	593	1235	1167
250	406	532	639	1249	1247
310	476	559	663	1251	1249
324	489	579	671	1300	1304
328	502	702	2268	1305	1307
330	507	707	2279	1306	1310
339	513	708	2279	1307	1112
351	37	724	725, 906	1311	1340
352	34-38	725	727	1312	1315
353	39	752	762-764	1333	1334, 1335
354	36	753	767	1334	1335
355	35	755	767	1335	1334
356	40	757	767	1338	1335
357	41	758	768	1339	1335
358	42	763	25, 502	1350	1350
360	43	764	725, 906	1351	1351
361	41	765	727-730	1354	1353
262	45	769	907	1378	1387
363	45	788	980	1379	1388
364	46	805	913	1405	1554
367	47, 48	825	927	1418	1445
368	47, 48	849	900	1420	1445
371	55	943	789	1422	1167
373	56	1054	1096	1424	1449
374	57	1065	900	1459	1599
375	57	1078	953	1461	1601
377	58	1083	961	1505	1648

Art.	Cod. Napoleone Art.	Art.	Cod. Napoleone Art.	Art.	Cod. Napoleone Art.
1590	1734	1653	1742	1987	2148
1596	1742	1746	1992	2105	2219
1599	1744-1747	1753	1999	2119	2253
1600	1748	1759	2005	2135	2262
1604	1754	1785	1912	2138	2271
1607	1757	1802	1965	2139	2271
1610	1759	1955	2100	2146	2279
1613	1762	1974	2124		
1625	1777	1982	2135		

TITOLO PRELIMINARE

Principii generali sulle leggi.

CAPO PRIMO

DELLA SANZIONE
DELLA PROMULGAZIONE E DELLA PUBBLICAZIONE DELLA LEGGE.

§ 1. Definizione.

1. *Il diritto civile è il diritto comune: nulla pertanto vietava al legislatore di anteporre al codice civile (come fece nel titolo preliminare) talune norme relative alla pubblicazione, agli effetti ed all'applicazione della legge in generale.* I, 1.

2. *Il codice non definisce la legge, che è una dichiarazione solenne della volontà del sovrano sopra un oggetto d'interesse comune e di regime interno. Un trattato internazionale non è una legge propriamente detta.* I, 2.

Quanto ai trattati, v. App. Gand, 10 aprile 1883, *Pasic.* 1883, II, 267; — Cass. B. 10 aprile 1865, *ibid.*, 1865, I, 178; — 21 gennaio 1848, *ibid.*, 1848, I, 277. — Cfr. Trib. civ. di Bruxelles, 3 agosto 1880, Sir., 1881, 4, 11; *J. Pal.*, 1881, II, 19; — Cass. Fr., 27 luglio 1877, Sir., 1877, I 485; D. P., 1878 I, 137; *J. Pal.*, 1877, 1260.

La ratifica da parte del legislatore della concessione di una ferrovia, atto di alta tutela necessaria per abilitare il governo

a vincolare contrattualmente lo Stato, è impropriamente chiamata legge, in causa del potere da cui emana, e non possiede affatto le caratteristiche di comando e di generalità che sono dell'essenza della legge.

GIRON, *Droit administratif*, vol. I, n. 34, ediz. 1885. — Cfr. Liège, 28 febbraio 1891, *Pasic.*, 1891, II. 289; — Cass. B., 19 dicembre 1889, *Belg. jud.*, 1890, 179; — 8 marzo 1888 *Pasic.*, 1888, I, 110; *Belg. jud.* 1888, 868; — Liège 25 febbraio 1886, *Pasic.*, 1886, II, 193; — Cass. B., 28 giugno 1883, *Pasic.*, 1883, I, 288; *Belg. jud.* 1883, 1137; *J. Trib.*, 1883, 541; — Bruxelles, 14 dicembre 1880, *Pasic.*, 1881, II, 101; — Cass. B., 25 febbraio 1875, *Pasic.*, 1875, I, 232; *Belg. jud.*, 1875, 897.

Ma le tariffe di trasporto decretate dal governo sono legge per lo Stato: gli agenti dell'amministrazione pubblica non possono accettare transazioni a condizioni diverse.

Arg. Cass. B., 29 ottobre 1885 e la requisitoria di Mesdach de ter Kiele, *Pasic.*, 1885, I, 263; *J. Trib.*. 1886, 20; *Belg. jud.*, 1885, 1522; — Cass. Fr., 13 maggio 1874, D. P., 1875, I, 467; *J. Pal.*, 1874, 1243; — 23 marzo 1874, D. P., 1874, I, 391; — 4 febbraio 1874, *ibid.*, 1874, I, 419; — 26 luglio 1871, *ibid.*, 1871, 1, 234.

In principio, l'uso non consacrato dalla legge scritta, per quanto osservato generalmente, non ha forza di legge; ma può essere obbligatorio per le parti (art. 1159 sgg. c. c.) se non è contrario alla legge.

Sic Cass. Fr., 27 dicembre 1886, *J. Pal.*, 1887, 500; — Evreux, 19 febbraio 1881, *J. Pal.*, 1881, 1146; — AUBRY e RAU, t. I, § 23, p. 43. — Cfr. LAURENT, t. VIII, n. 6.

Esempi di usi consacrati dalla legge scritta: cod. civ., art. 590, 591, 593, 663, 671 (30 e 35 del codice rurale belga), 674, 1648, 1736, 1745, 1748, 1754, 1757, 1759, 1762 e 1777.

I 3-5 **3.** *Non si deve confondere il diritto colla legge: la legge è l'interpretazione che il legislatore dà al diritto.*

§ 2. DELLA SANZIONE E DELLA PROMULGAZIONE.

I 6-7 **4.** *La sanzione è un elemento essenziale della legge che le dà la data e avviene contemporaneamente alla promulgazione.*

5. *La promulgazione è l' atto con cui il capo dello Stato attesta al corpo sociale l' esistenza della legge e la rende esecutiva.* I 8-15

Sic Cass. Fr., 8 aprile 1874, *J. Pal.*, 1874, 654; — 6 febbraio 1874, D. P., 1874, I, 185; Sir., 1874, 1, 281; — 23 gennaio 1872, *J. Pal.*, 1872, 165.

§ 3. Della pubblicazione delle leggi.

6. *La pubblicazione, nel significato giuridico della parola, non risulta dall'effettiva pubblicità data alla legge nel modo prescritto, ma dallo spirare del termine, scorso il quale la legge si presume nota a tutti i cittadini.* I 16-22

Sic Cass. B., 4 aprile 1881, *Pasic.*, 1881, I, 191; *Belg. jud.*, 1881, 977.

7. *L' effetto della pubblicazione è di rendere obbligatoria la legge che la promulgazione ha reso esecutiva.* I, 23.

Sic Cass. B., 8 aprile 1889, *Pasic.*, 1889, I, 178; *Belg. jud.*, 1889, 888; — Cass. B., 13 maggio 1886, *Pasic.*, 1886, I, 206; *J. Trib.*, 1886, 737; *Belg. jud.*, 1886, 849.

8. *L'errore di diritto non iscusa quando è in causa un interesse sociale; ma se concerne un rapporto privato, le parti possono invocarlo al pari dell'errore di fatto.* I, 24.

Sic Aubry e Rau, t. I, § 28, p. 54.

9. *La distinzione fra pubblicazione e promulgazione, consacrata implicitamente dall' articolo 1° del codice civile, è fondata sulla necessità di lasciar trascorrere, fra il momento in cui la legge acquista esistenza certa e quello in cui diviene obbligatoria, un lasso di tempo che permetta ai cittadini di prenderne notizia. Le leggi promulgate ma non pubblicate sono destituite di qualsiasi autorità.* I 25-29

Sic. Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Lois*, n. 113.

CAPO II.

DELL'AUTORITÀ DELLA LEGGE.

Sezione I. — Doveri dei tribunali e dei cittadini.

I 30 31 **10.** *Il magistrato non può farsi giudice della legge: non gli è permesso di rifiutarne l'applicazione nè di modificarla, come non può neppure discuterne la costituzionalità.*

Il giudice potrebbe unicamente rettificare un errore materiale incorso nel testo della legge.

Sic Cass. B., 2 ottobre 1886, *Pasic.*, 1886, I, 335; — 3 agosto 1886, *ibid.*, 1886, I, 336; — 24 aprile 1877, *ibid.*, 1877, I, 214; — Cass. Fr., 20 ottobre 1891, *J. Pal.*, 1891, 1246; D P., 1892, 1, 57; 13 giugno 1891, *ibid.*, 1892, 1, 77. — Cfr. *Pand. pér.*, 1892, p. 1464.

I 32-33 **11.** *Non sussiste il preteso diritto dei cittadini di disobbedire a una legge che reputino ingiusta.*

Sezione II. — Degli atti conformi alla legge.

I 34-35. **12.** *Il legislatore deve tutelare l'esercizio dei diritti risultanti da atti conformi alla legge e rispettare questi diritti nelle leggi nuove.*

Sezione III. — Degli atti contrarî alla legge.

§ 1. Principii generali.

I 36-39. **13.** *Per regola, le parti possono derogare alle leggi d'interesse puramente individuale, ma non a quelle d'interesse generale.*

I 40-43. **14.** *Non basta però che una materia sia d'interesse generale perchè, necessariamente, tutte le disposizioni che la concernono siano prescritte a pena di nullità: le nullità possono essere pronunziate soltanto dalla legge.*

15. *Il codice non contiene un sistema completo circa la nullità degli atti contrari alla legge che in materia di matrimonio e di testamento. Ma il giudice deve dichiarare la nullità anche in forza della volontà tacita del legislatore.* I 44-45.

§ 2. Delle leggi d'ordine pubblico e concernenti i buoni costumi.

N. 1. - Delle leggi che interessano l'ordine pubblico.

16. *Sono leggi d'ordine pubblico quelle stabilite nel pubblico interesse.* I 46-49.

Cfr. Aubry e Rau, v. I, § 36, p. 117; Dall., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Lois* n. 450.

17. *Le private convenzioni che vi derogano sono nulle. Sono perciò nulle le convenzioni deroganti alle leggi che si connettono al diritto pubblico, in ispecie alle leggi sulle imposte e a quelle che regolano l'ordine delle giurisdizioni.* I 50-51.

Gli è così: 1.° che è nulla l'acquiescenza a una pronunzia in tema di competenza per materia; 2.° che non si può, mediante una privata convenzione, rinunziare alla revisione cui debbono i tribunali belgi o francesi, a sensi delle rispettive legislazioni, sottoporre le decisioni straniere prima di conceder loro l'exequatur.

Ma, 3.° la competenza dei tribunali belgi o francesi, relativamente ai rispettivi cittadini, non è d'ordine pubblico, e come è concesso alle parti di compromettere in arbitri le loro controversie, così esse possono, in rapporto a una determinata contestazione, validamente attribuire giurisdizione a un tribunale straniero e rinunziare a quella dei magistrati nazionali.

Sul primo punto: Cass. Fr., 15 novembre 1881, *J. Pal.*, 1882, 390; Sir., 1882, 1, 617; — Nancy, 2 luglio 1873, *J. Pal.*, 1873, 727; D. P., 1874, 2, 77, — Bruxelles, 28 dicembre 1886, *Pasic.*, 1888, II, 286 e la nota.

Sul secondo punto: Tolosa, 29 gennaio 1872, *J. Pal.*, 1873, 193.

Sul terzo punto: Cass. Fr., 13 agosto 1879, *J. Pal.*, 1881, 1, 534; Sir., 1880, 1, 225; D. P., 1880, 1, 85, che annulla la sentenza della Corte d'appello di Parigi, 11 giugno 1877, *J. Pal.*, 1877, 1225; Sir., 1877, 2, 313; D. P.,

1878, 2, 209; — una nota di Lyon-Caen in SIR., e nel *J. Pal.*, sotto questa ultima sentenza; — in sede di rinvio, Amiens, 11 agosto 1880, *J. Pal.*, 1881, 1, 572; SIR., 1881, 2, 203; — Bruxelles, 29 dicembre 1888, *Belg. jud.*, 1889, 383 e le note.

Adde, riguardo alle leggi d' imposta, LAURENT, vol. XVI, n. 127 e relativamente alle convenzioni che hanno per oggetto l'acquisto di un pubblico impiego, ID., vol. XVI, n. 148.

I, 52. **18.** *Sono altresì d'ordine pubblico le leggi che governano lo stato delle persone e determinano la capacità o l' incapacità delle medesime.*

Si vegga, rispetto all'autorizzazione maritale, LAURENT, vol. III, n. 96; — all'obbligo di vivere in comune imposto ai coniugi dall'articolo 214 c. c. ID., vol. III, n. 54, 55; — alla patria potestà e i diritti che ne derivano, ID., vol. IV, n. 293 segg.; vol. XXI, n. 120; — all'interdizione, ID., vol. V, n. 248; alla nomina di un consulente, ID., vol. V, n. 336; — alle servitù personali, ID., vol. VII, n. 144-148.

I, 53. **19.** .... *e quelle fra le leggi relative ai beni, che sono stabilite per evidenti ragioni d' interesse generale.*

Si vegga, per quanto riflette i diversi casi di responsabilità, LAURENT, volume XVI, n. 217 segg.; vol. XX, n. 637 segg.; vol. XXV, n. 545 segg.; — il privilegio del venditore. ID., vol. XXIX, n. 493; le convenzioni fondate su causa illecita, ID., vol. XVI, n. 124 segg.

N. 2. - DELLE LEGGI CHE INTERESSANO I BUONI COSTUMI.

I 54-57. **20.** *Qualunque convenzione contraria ai buoni costumi, vale a dire alla pubblica morale, rimane priva di effetto anche se non violi nessuna legge positiva* (art. 6, 1131, 1333 del cod. civ.).

Adde LAURENT, vol. I, n. 62; vol. XVI, n. 84, 86, 124 segg.

§ 3. DELLE LEGGI PROIBITIVE ED IMPERATIVE.

I 58-66. **21.** *Per massima, quando la legge ha forma proibitiva, ciò significa che vi è in causa un interesse generale, e le convenzioni che derogano a simile legge vanno colpite di nullità. Non si fa eccezione se non per talune norme le quali, benchè espresse in termini proibitivi, sono d'interesse puramente privato.*

22. *Per l' opposto, la violazione delle leggi imperative non produce, in genere, nullità se non quando la legge contenga una clausola irritante o la violazione consista nell'omissione di una formalità sostanziale, vale a dire d' una formalità indispensabile per l'esistenza dell'atto.* I 67 68.

§ 4. Effetto della nullità.

23. *La nullità deve essere ordinata dal magistrato. Accade diversamente se l' atto è inesistente perchè manchi d'una delle condizioni indispensabili alla sua vita giuridica.* I 69-71.

Cfr. Aubry e Rau, vol. I, § 37, p. 119.

24. *Le nullità assolute, ossiano quelle stabilite nel pubblico vantaggio o in quello di tutte le parti, possono essere invocate da qualsivoglia interessato.* I, 72.

Le nullità relative, quelle cioè stabilite a vantaggio di una sola delle parti, non possono essere dedotte che da questa.

CAPO III.

DELL'EFFETTO DELLE LEGGI IN RAPPORTO ALLE PERSONE ED AI BENI (1).

§ I. Principii generali.

25. *Le leggi personali obbligano i francesi residenti all'estero. Le leggi di polizia governano chiunque si trovi in Francia. Le leggi reali si applicano a tutti coloro i quali posseggano beni immobili in Francia, qualunque sia il luogo della loro residenza e la loro nazionalità. Le forme di un atto sono rette dalla legge del paese in cui fu stipulato.* I 73-82.

---

(1) Le materie trattate in questo capo formano oggetto del *Diritto civile internazionale* del Laurent (Bruxelles, Bruylant-Cristophe e C., 1880-1881; traduzione italiana, Società Editrice Libraria, Milano). Abbiamo creduto di dover limitare le nostre note su questo punto a poche osservazioni sommarie.

§ 2. Le leggi personali.

I 83-85. **26**. *Lo straniero è governato in Francia dal proprio statuto personale, salve le restrizioni risultanti dalle leggi di diritto pubblico o che interessano i buoni costumi. Bisogna rigettare il sistema proposto dal Valette e accolto dal Demolombe, secondo cui la legge personale dello straniero cesserebbe di essere applicabile ogniqualvolta a ciò avessero interesse i francesi che contrattano con lui.*

Sic Liège, 31 dicembre 1879, *Pasic.*, 1880, II, 132; *Belg. jud.*, 1880, 294, — Cfr., nello stesso senso, Trib. della Senna, 2 luglio 1878, *Journ. de dr. int. privé*, 1878, 502. — La giurisprudenza francese è prevalentemente favorevole alla tesi del Demolombe: Cass. Fr., 13 gennaio 1873, Sir., 1873, 1, 13; *J. Pal.*, 1873, 18; D. P., 1873, 1, 297; Aubry e Rau, vol. I, § 31, p. 91, 93 segg.

I, 86. **27**. *Chi perde la qualità di francese senza acquistare la nazionalità di un paese determinato, è retto unicamente dalle leggi del paese in cui risiede.*

Il francese il quale, senza perdere la cittadinanza francese, acquista un' altra nazionalità, si considera come cittadino in entrambi i paesi, salvo che il caso non sia stato regolato da un trattato.

Sul primo punto, cfr. App. Liège, 27 novembre 1890, *Pasic.*, 1890, p. 1045; Huc, vol. I, n. 143, p. 136. — Si vegga pure Laurent, vol. I, n. 371.

Riguardo alla legislazione inglese citata nel testo, cfr. *Belg. jud.*, 1881, 761, nota 1.

I, 87. **28**. *Lo statuto personale è determinato dalla nazionalità e non dal domicilio.*

Sic Aubry e Rau, vol. I, § 31, p. 91 e § 78, p. 295; — Laurent, *Diritto civile internazionale*, vol. II, n. 97 segg.; vol. VI, n. 137, 159 segg.

29. Se lo statuto personale dello straniero lo dichiara governato, fuori di patria, dalla legge del domicilio, questa costituirà la sua legge personale. L'opinione contraria fu sostenuta dal Laurent in una nota a sentenza della Corte di Bruxelles in data 14 maggio 1881, che aveva consacrato la nostra tesi. In quella nota, il Laurent invoca l'ultimo alinea dell'articolo 3

del codice civile, che, in Francia, deve prevalere su ogni contraria disposizione del legislatore straniero. La nostra teoria non è che una logica applicazione dell'istesso principio dell'articolo 3: questo, infatti, impone allo straniero il rispetto della legge nazionale, anche se rimandi alla legge del domicilio.

Sic Trib. Bruxelles, 2 marzo 1887, _Pasic._, 1887, III, 1887; D. P 1889, 2, 97; — Cass. B., 9 marzo 1882, _Pasic._, 1882, 1, 62; _J. Pal._, 1882, 2, 25; — Bruxelles, 14 maggio 1881, _J. Pal._, 1881, 2, 68; Sir., 1881, 4, 41 colla nota contraria del Laurent; _Pasic._, 1881, II, p. 263; — Parigi, 23 marzo 1888, D. P., 1889, 2, 117; — Cass. Fr., 22 febbraio 1882, D. P., 1882, 1, 301; _J. Pal._, 1882, 993; — Cass. Fr., 24 giugno 1878, D. P., 1879, 1, 56.

30. *Lo statuto personale regola non soltanto lo stato e la capacità, ma altresì i diritti che ne dipendono. In caso di conflitto fra gli statuti rispettivi delle parti, pare che debba vincerla quello del creditore.* I, 88.

31. *Le leggi relative al matrimonio, particolarmente quelle che governano le capacità richieste e le dispense eventualmente necessarie per contrarlo, nonchè la legittimità della prole nascitura, costituiscono uno statuto personale. Riguardo a simili rapporti pertanto, lo straniero che risiede in Francia è retto dalle proprie leggi personali anche quando contraddicessero a una legge francese d'ordine pubblico, salvo che non siano contrarie al diritto pubblico od al buon costume.* I 89-90.

In materia di dispense, cfr. de Soignies, _Traité du droit des étrangers_, p. 38. — _Contra_: Aubry e Rau, vol. I, § 31, p. 96, nota 34 e vol. V, § 469, note 6 e 7. — Fu deciso conformemente all'opinione del Laurent, che la legge abolitiva della morte civile deve essere applicata in Francia anche di fronte a uno statuto personale contrario: Cass. Fr., 26 febbraio 1873, D. P., 1873, 1, 208.

32. *La capacità della donna maritata costituisce uno statuto personale.* I, 91.

Sic Corte suprema di Madrid, 13 gennaio 1885, _Pasic._, _fr._, 1885, V, 18; — Rouen, 7 febbraio 1890, D. P., 1890, 2, 180; — Parigi, 14 novembre 1887, _ibid._, 1888, 2, 225; — Chambery, 9 gennaio 1884, _ibid._, 1884, 2, 279; — Parigi, 17 dicembre 1883, _ibid._, 1885, 2, 117.

33. *Il divorzio fa parte dello statuto personale. Conseguentemente, i coniugi la cui legge ammette il divorzio, possono* I, 92.

divorziare di conformità alla medesima, anche in paese estero dove la legislazione non lo consente.

Sic LAURENT, *Diritto civile internazionale*, vol. V, n. 132 e la nota, *in medio*, alla sentenza di Bruxelles, 14 maggio 1881, SIR., 1881, 4, 41; *J. Pal.*, 1881, 2, 68; — Ginevra, 21 gennaio 1878, D. P., 1879, 2, 145; — Confronta Bruxelles, 5 agosto 1880, *Pasic.*, 1880, II, 319; CL. e BONJ., 1880-1881, 415; *Belg. jud.*, 1880, 1121; il ricorso contra questa sentenza fu rigettato dalla Cass. B., 19 gennaio 1882, *Pasic.*, 1882, I, 36; *Belg. jud.*, 1884, 1137; — Bruxelles, 17 aprile 1889, *Pasic.*, 1890, II, 12; *Belg. jud.*, 1889, 1083; SIR., 1890, 4, 6; — Milano, 13 ottobre 1891, SIR., 1892, 4, 29; *J. Pal.*, 1892, 4, 29; — Torino, 9 dicembre 1893, SIR., 1894, 4, 9; *J. Pal.*, 1894, 4, 9 e nota 1, p. 10.

È stata discussa la questione se lo straniero il cui statuto personale ammette la separazione per mutuo consenso, colle condizioni rigorose prescritte dalla nostra legge rispetto al divorzio consensuale, possa valersi al riguardo della propria legge nazionale. A favore della soluzione negativa fu invocato l'ordine pubblico. In verità, però, quello statuto non è contrario nè al diritto pubblico belga, nè ai buoni costumi e dovrebbe avere tale caratteristica per essere inapplicabile nel Belgio. La questione deve dunque essere risoluta in senso affermativo.

Ma un divorzio puramente volontario, vale a dire abbandonato alla mera volontà delle parti, sarebbe contrario alla stessa essenza del matrimonio, quale le leggi nostre lo considerano in nome della moralità pubblica. Perciò lo statuto personale, ove ammettesse un simile divorzio, sarebbe inapplicabile e in Francia e nel Belgio.

Sic LAURENT, *Diritto internazionale*, vol. V, n. 137. — Confronta Liège, 25 luglio 1889, *Pasic.*, 1889, III, 350 e la nota; *Belg. jud.*, 1889, 1259.

I, 93. **34.** .... *Lo straniero divorziato in conformità alla propria legge nazionale può passare a nuove nozze in un paese la cui legislazione non ammette il divorzio.*

Sic Cass. Fr., 15 luglio 1878, D. P., 1878, 1, 340; *J. Pal.*, 1878, 789; — Amiens, 15 aprile 1880, D. P., 1881, 2, 79; *J. Pal.*, 1880, 679; — AUBRY e RAU, vol. V, § 469, p. 130.

La Corte di Parigi ha giudicato, a torto secondo il nostro modo di vedere, che la donna prussiana, divorziata in Germania

secondo la legislazione che costituisce il di lei statuto personale, non può contrarre nuove nozze in Francia se non scorso il termine di dieci mesi prescritto dall'articolo 228 del codice civile, sebbene la di lei legge personale le consentisse di rimaritarsi subito dopo la pronunzia del divorzio, provvedendo con altri mezzi ad impedire la *turbatio sanguinis*. La Corte riconosce che, in via di massima, la capacità della donna a passare a un secondo matrimonio in Francia deve essere regolata dal di lei statuto personale; ma soggiunge che questo non può prevalere sopra una legge d'ordine pubblico, com'è l'articolo 228 del codice civile. A noi sembra dubbio che detto articolo abbia un simile carattere, poichè l'impedimento matrimoniale ivi contemplato non è neppure un *impedimentum dirimens:* d'altronde lo statuto personale cessa di essere applicabile solo quando sia contrario a una legge d'ordine pubblico o ai buoni costumi.

Sic LAURENT, *Diritto internazionale*, vol. V, p. 272. — *Contra*: App. Parigi 13 febbraio 1872, D. P., 1873, 2, 160; SIR., 1873, 4, 112; *J. Pal.*, 1873, 473.

85. .... *I coniugi stranieri la cui legge nazionale proibisce il divorzio, non possono divorziare in un paese dove la legislazione lo ammette.* 1, 94.

Sic Pand. belges, v. *Divorce*, n. 345, e arg. Trib. Senna, 16 luglio 1886, *Pasic.*, *fr.*, 1886, II, 286.

86. *La patria potestà e l'usufrutto legale, che ne è l'accessorio, costituiscono statuto personale.* I 95-96.

Riguardo alla patria potestà, *sic* Cass. B., 19 gennaio 1882, *Pasic.*, 1882, I, 36; — Parigi, 2 agosto 1872, DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Lois*, n. 336.

Quanto all'usufrutto legale, *sic* Cass. Fr., 14 marzo 1877, *J. Pal.*, 1878, 38 SIR., 1878, 1, 25; D. P., 1877, 1, 385. — *Contra*: AUBRY e RAU, vol. I, pagina 85, § 1, nota 18.

Dato un conflitto fra lo statuto personale del figlio e quello dei genitori, quale prevarrà? Quello del figlio, poichè la patria potestà, di cui l'usufrutto legale forma un semplice accessorio. è stata introdotta nell'interesse della prole. A dir vero, le sen, tenze che decisero il contrario difettano completamente di motivi.

Sic una nota di L. RENAULT, alla sent. della Cass. Fr., 14 marzo 1877, *J. Pal.*, 1878, 38; SIR., 1878, 1, 25. — *Contra*: quest'ultima decisione e inoltre

Cass. Fr., 13 gennaio 1873, *J. Pal.*, 1873, 18; D. P., 1873, 1, 297; SIR. 1873, 1, 13.

Anche la privazione della patria potestà, nei casi consentiti dalla legge, è uno statuto personale: ma potranno ordinarsi provvedimenti temporanei, per applicazione di una legge di simil natura e nell'interesse della polizia di sicurezza, per tutelare i fanciulli stranieri maltrattati o abbandonati.

Sic LELOIR, *Code de la puissance paternelle,* vol. I, n. 461. — V. legge francese del 24 luglio 1889.

I, 97. **37**. *La legge che determina la maggiore età forma uno statuto personale.*

Sic. Cass. Fr., 23 febbraio 1891, D. P., 1892, 1, 29. — *Contra* : Parigi, 8 febbraio 1883, *J. Pal.*, 1883, 883; D. P. 1884, 2, 24; questa sentenza si è pronunziata in favore della teoria del Demolombe censurata dal Laurent e seguíta da Aubry e Rau, vol. I, § 31, p. 94, note 29 e 30.

La costituzione e il funzionamento della tutela sono retti dallo statuto personale del minore, quand'anche fosse diverso da quello del tutore: infatti, la tutela è stabilita in favore del pupillo e ha lo scopo di proteggere i di lui interessi mediante l'incapacità di cui lo colpisce.

Sic nota alla Cass. Fr., 13 gennaio 1873, in *J. Pal.*, 1873, 18 e SIR., 1873, 1, 13; — DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Lois*, n. 345; — Courtrai, 19 marzo 1888, CL. e BONJ., 1890, 649.

L'emancipazione costituisce uno statuto personale, sia riguardo alle condizioni che l'emancipato deve presentare, sia rispetto alla capacità dell'emancipante, come pure relativamente agli effetti che ne discendono.

Sic DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Lois*, n. 351.

I, 98. **38**. *Lo stato delle persone, tanto se risulti dalla legge, come se sia dichiarato da una sentenza, forma sempre uno statuto personale. Le sentenze dei magistrati stranieri, in quanto concernano lo stato dei loro nazionali, sono senz' altro esecutive in Francia, per esempio in materia d'interdizione. Diversamente è a dire delle disposizioni che comportano l'esecuzione forzata sulla persona o sui beni del debitore.*

Sic per la massima: DE PAEPE, discorso inaugurale, 15 ottobre 1879, *Belg., jud.*, 1879, 1583; — AUBRY e RAU, vol. I, p. 97, § 31; — arg. Pau, 17 gennaio 1872, *J. Pal.* 1872, 936; SIR., 1872, 2, 233.

Quanto all'applicazione all'interdizione: Parigi, 21 maggio 1885, D. P., 1886, 2, 14.

... Al divorzio e alla separazione personale: Cass. B., 12 aprile 1888, *Pasic.*, 1888, 1, 186; — Bruxelles, 5 agosto 1880, *Pasic.*, 1880, II, 319; — Parigi, 23 febbraio 1888, *Pasic. fr.*, 1888, II, 111.

... Al fallimento: Cass. B., 23 maggio 1889, *Pasic.*, 1889, 1, 229; *Belg. jud.*, 1889, 1093; *J. Pal.*, 1891, 2, 11. — Cass. Fr., 12 novembre 1872; *J. Pal.*, 1873, 24; SIR., 1873, 1, 17; Parigi. 7 marzo 1878, *J. Pal.*, 1879, 704; SIR., 1879, 2, 164.

Riguardo all'exequatur delle sentenze straniere che importano condanna capace di esecuzione forzata, confr. Cass. B., 21 marzo 1883, *Pasic.*, 1883, 1, 72; *J. Trib.* 1883, 193.

Se la sentenza straniera, resa in questione di stato, violasse i buoni costumi o una disposizione d'ordine pubblico belga, come il rispetto al diritto di difesa, non troverebbe applicazione nel Belgio, a norma del principio stabilito più sopra (n. 27 e 31); ma diversamente accadrebbe se la sentenza straniera, senza essere in contrasto col nostro diritto pubblico o coi buoni costumi, si limitasse a disconoscere un principio considerato nel Belgio come materia d'ordine pubblico.

Non crediamo però di doverci occupare dell' exequatur delle sentenze straniere, perchè argomento del tutto estraneo al diritto civile.

V. un es. di sentenza straniera violatrice del diritto pubblico francese, nella specie decisa dalla Corte di Aix, 27 marzo 1890, SIR., 1890, 1, 505, con nota coforme alla nostra tesi. — Esempi di decisioni semplicemente contrarie a norme d'ordine pubblico: Bruxelles, 28 marzo 1887, *Pasic.*, 1887, III, 114; Cass. fr., 29 marzo 1894, *J. Pal.*, 1894, 1, 481. Quest'ultima si pronuncia in senso contrario alle nostre osservazioni.

39. *Le forme estrinseche degli atti autentici sono determinate dalla legge del luogo in cui sono fatti:* Locus regit actum. *Quelle degli atti solenni sono rette dalla legge personale, nel senso che i contratti rispetto ai quali la legge francese prescrive l'autenticità come condizione della loro efficacia, debbono, se concernano cittadini francesi o beni immobili situati in Francia, essere redatti ovunque nella forma autentica, ma questa va* I, 99.

regolata secondo la legge del luogo in cui il contratto viene stipulato.

Riguardo agli atti autentici, *sic.* sent. Senna, 20 aprile 1891, *Pasic. fr.*, 1891 V. 22 e la nota.

Quanto agli atti solenni, *sic* WEISS, *Traité élémentaire de droit international privé*, 2 ediz., p. 509. — CLUNET, *Journal de droit international privé*, 1881, p. 315. — LAURENT, *Droit international privé*, vol. II, n. 240 segg., dove si confutano gli argomenti addotti da AUBRY e RAU, vol. I, § 31, nota 70, p. 109, per sostenere che anche gli atti solenni pei quali la legge francese esige l'autenticità, possono essere fatti da un francese per scrittura privata in un paese in cui sono validi in questa forma. — *Contra*, oltre Aubry e Rau, Parigi, 10 agosto 1872, D. P., 1873, 2, 149; — HUC, vol. I, n. 168 e BELTJENS, *Encyclopédie*, art. 3, n. 26.

La regola *Locus regit actum* non potrebbe però essere invocata da un francese il quale si fosse trasferito all'estero unicamente per sottrarsi all'osservanza delle formalità prescritte, riguardo a un determinato atto, dalla sua legge nazionale.

Sic AUBRY e RAU, vol. I, § 31, p. 113; — LAURENT, *Droit international privé*, vol. II, n. 239.

I. 100.

40. *Un francese può testare all'estero, sia con atto autentico secondo le forme usate nel luogo in cui l'atto è fatto, sia per privata scrittura giusta le formalità prescritte al riguardo dalla legge francese* (art. 999 cod. civ.).

Lo straniero non può testare in Francia per atto privato, se ciò non gli sia consentito dalla sua legge nazionale. Se le forme da questa stabilite pel testamento privato differiscono da quelle ordinate dalla legge francese, deve attenersi alle prime (arg. dall'art. 999 cod. civ.).

Taluni scrittori, applicando la teoria che abbiamo rigettata nel precedente paragrafo, insegnano che un francese può, in estero paese, far testamento nella forma ivi usata, qualunque essa sia, autentica, privata o anche verbale. Questo sistema sembra a noi ancor meno ammissibile, poichè urta contro la lettera esplicita dell'articolo 999 del codice civile.

Sic AUBRY e RAU, vol. VII, pag. 89 segg. § 661 e gli scrittori ivi citati; — Nota di LABBÉ alla sent. di Aix, 11 luglio 1881, *J. Pal.*, 1883, 1237; SIR.,

1883, 2, 249. — *Contra*: App. Parigi, 10 agosto 1872 (decisione implicita), D. P., 1873, 2, 149 con nota di richiamo in senso difforme. — Conf pure la sent. d'Aix precitata e LAURENT, *Principî*, vol. XIII, n. 148 seg.

41. *La regola* Locus regit actum *è applicabile agli atti in forma privata, ma in via facoltativa, nel senso che le parti possono, a loro scelta, seguire per la redazione di uno di questi atti, sia le formalità della legge del paese cui appartengono, sia quelle prescritte dalla legge del luogo in cui l'atto è fatto. Ma è dubbio se lo straniero possa nel suo paese fare validamente, di conformità alla legge francese, un atto in forma privata, anche se destinato ad essere prodotto in Francia, qualora la sua legge nazionale prescriva una forma diversa.* I, 101.

Sic AUBRY e RAU, vol. I, § 31, p. 112, note 78 e 79.

42. *Le forme abilitatrici, vale a dire quelle che rendono abili a determinati atti le persone che, pel loro stato, ne sarebbero incapaci, sono regolate dallo statuto personale e non dalla legge del luogo. La legge del paese in cui sono situati gli immobili determina tutto quanto si riferisce alla trascrizione degli atti traslativi di diritti reali immobiliari. Lo statuto personale regola, in via di massima, le forme intrinseche o viscerali, cioè le condizioni richieste per la validità e l'esistenza delle convenzioni o degli atti, salvo che la legge del domicilio dei contraenti non sia quella della loro nazionalità. In questo caso si applicherà la legge del domicilio. Gli effetti delle convenzioni dipendono, sopratutto, dalla volontà delle parti: ad essa dunque si dovrà aver riguardo per determinare la legge regolatrice degli effetti medesimi. Posto ciò, sembra che si dovrà seguire la legge personale delle parti e, se queste siano di diversa nazionalità, la legge del luogo del contratto.* I 102-104.

Sulla distinzione tra formalità intrinseche ed estrinseche, le quali ultime soltanto sono soggette alla regola *Locus regit actum*, *sic* Cass. B., 4 giugno 1891, *Pasic.*, 1891, I, 163; *J. Pal.*, 1893, 4, 9 con una nota critica.

Quanto all'applicazione di questa regola agli effetti e ai mezzi di prova dei contratti: Cass. Fr., 24 marzo 1892, *J. Pal.*, 1892, I, 521 e nota; D. P., 1892, 1, 473 e nota.

Sul principio che, in caso di conflitto di leggi, gli effetti e la interpretazione dei contratti debbono regolarsi secondo l'intenzione delle parti, cfr.: —

Besançon, 11 gennaio 1883, D. P., 1883, 2, 211 e, sul ricorso, Cass. Fr., 19 maggio 1884, D. P., 1884, 1, 286; *J. Pal.*, 1885, 252, Sir., 1885, 1, 113; — Roma, 17 luglio 1886, *Pasic. fr.*, 1887, V, 5; — Douai, 13 gennaio 1887, *J. Pal.*, 1890, 874 e nota; — Aubry e Rau, vol. I, p. 85, nota 17, p. 106, nota 63.

In materia di quasi-contratto o di quasi-delitto non sarebbe lecito invocare la presunta intenzione delle parti. Nel caso dunque di conflitto di legislazioni riguardo all'essenza ed agli effetti dei quasi-contratti o dei quasi-delitti, bisognerà seguire la legge del luogo in cui è avvenuto il fatto che vi ha dato origine.

Sic Cass. Fr., 16 maggio 1888, D. P., 1888, 1, 305; — Huc, vol. I, n. 165.

Se la legge applicabile al contratto, secondo i principî testè esposti, ammette l'azione per debito di giuoco, sarà la detta azione esperibile nel Belgio, dove vige sempre l'articolo 1965 del codice civile? Sì, perchè questa disposizione non contiene un principio di diritto pubblico, nè interessante il buon costume.

Confr. *supra*, n. 26 e 31. — *Sic* App. Bruxelles, 23 aprile 1891, *Pasic.* 1891, II, 274. — *Contra*: Bruxelles, 4 febbraio 1892, *Pasic.*, 1892, II, 217; 29 — maggio 1891, *ibid.* 1891, II, 341; — 19 dicembre 1890, *ibid*, 1891, II, 92.

Nel caso di conflitto fra legislazioni, la legge che regola le cause di estinzione delle obbligazioni dipende, come avviene allorchè sia questione degli altri effetti dei contratti, dalla presunta volontà delle parti.

In generale, la prescrizione estintiva delle azioni personali, siccome materia, non già d'interesse privato, ma di diritto pubblico, poichè ha per fondamento l'interesse e il diritto della società, è governata dalla legge francese se l'azione sia avvenuta in Francia, qualunque sia la nazionalità delle parti e il luogo del contratto. Il Laurent, nel suo *Diritto civile internazionale*, pur riconoscendo il carattere sociale della prescrizione, non divide questo parere, in causa, egli scrive, degli inconvenienti che ne derivano nella pratica. La legge applicabile è per lui quella del contratto. Pare a noi che, in mancanza di speciali trattati o di un testo legislativo, il principio sia troppo certo perchè possa esser lecito all'interprete di disconoscerlo sotto pretesto dell'utilità o della necessità pratica.

Le prescrizioni particolari di che agli articoli 2271 e seguenti del codice civile si fondano, per la maggior parte, sopra una presunzione di pagamento, basata, essa pure, sull'uso locale: saranno dunque determinate dalla legge del contratto.

Le prescrizioni che poggiano, come quella dell'articolo 1304 del codice civile, sulla presunta volontà delle parti, sono stabilite, in caso di conflitto fra leggi, secondo la regola generale testè riassunta intorno agli effetti dei contratti.

La giurisprudenza, in generale, non fa queste distinzioni. Essa ammette che la prescrizione estintiva delle azioni personali è regolata dalla legge del domicilio che il debitore aveva al tempo in cui fu introdotta l'azione, pel motivo, dicono le sentenze « che il debitore, essendo convenuto in forza delle leggi del suo paese, deve aver diritto d'invocare queste medesime leggi, in quanto lo proteggono contro l'azione promossa in di lui confronto ». Non equivale ciò a proclamare il carattere sociale della prescrizione? E, nelle specie di fatto decise, la legge del domicilio non fu seguita, in verità, perchè era nel tempo stesso la legge del luogo in cui si esperiva l'azione? Però un tal ragionamento, applicato senza distinzione, come tende a fare la giurisprudenza, a tutte le prescrizioni estintive delle azioni personali, disconosce, a nostro credere, l'indole delle prescrizioni particolari fondate, non già sopra un interesse sociale, ma sugli usi dei luoghi o sulla presunta volontà delle parti.

Nel senso nostro, v. uno studio del LABBÉ, in nota alla sent. della Cass. Fr., 13 gennaio 1869, SIR., 1869, 1, 49; *J. Pal.*, 1869, 1, 113; — Bois-le-Duc, 21 maggio 1882, SIR., 1883, 4, 9 e nota; — Bruxelles, 13 marzo 1885, *Pasic.*, 1885, II, 190; D. P., 1885, 2, 256.

Cfr., in favore del sistema che regola la prescrizione secondo la legge del domicilio del debitore, Cass. Fr., 28 luglio 1884, D. P., 1885, 1, 300 e nota; — Cass. Fr., 19 maggio 1884, SIR., 1885, 1, 113, D. P. ,1884, 1, 286, *J. Pal.*, 1885, 252; — trib. Senna, 21 marzo 1894, *Pasic.*, 1894, IV, 102.

Pel sistema che si riferisce alla legge del luogo del contratto, LAURENT, *Dir. internaz.* vol., VIII, n. 234, n. 249 segg.; — AUBRY e RAU, vol. I, p. 108, nota 68; — Bordeaux, 1 marzo 1889, SIR., 1892, 2, 76; *J. Pal.*, 1892, 2, 76,; D. P., 1890, 2, 89.

Fu giudicato, in opposizione alla nostra dottrina, che la prescrizione dell'articolo 1304 c. c., dettata per viste di pubblico interesse, è governata dalla legge del luogo in cui si esperisce l'azione: Liège, 31 dicembre 1879, *Pasic.*, 1880, II, 122.

N. 2. Leggi di polizia.

I 105-107. **43.** *Le leggi di polizia e di sicurezza hanno natura reale ed obbligano tutti coloro i quali si trovano nel territorio nazionale.*

Fra le leggi di polizia e di sicurezza debbono comprendersi anche gli atti del potere legislativo, nonchè i regolamenti emanati dall' amministrativo, quando gli uni e gli altri mirano alla conservazione dell'ordine sociale. Non sembra però che abbiano questa caratteristica nè la legge del 26 germinale anno XI, che vieta l'azione di nullità contro i divorzi ottenuti prima dell'applicazione del codice civile, nè le leggi che regolano la potestà maritale, nè quelle che istituiscono l'obbligo degli alimenti.

Fu giudicato che sono leggi di polizia e di sicurezza: la legge belga 1 aprile 1879 sui marchi di fabbrica (Cass. B., 26 dicembre 1876, *Pasic.*, 1877, 1, 54); — la legislazione sul fallimento (Parigi, 20 maggio 1878, Sir., 1880, 2, 193; *J. Pal.*, 1880, 789); — la legge del 26 germinale anno XI (Chambery, 15 giugno 1869, Sir., 1870, 2, 214; *J. Pal.* 1870, 895; D. P., 1869, 2, 188); — Aubry e Rau, vol. I, § 31, p. 82 ritengono che anche le leggi che regolano l'obbligo alimentare hanno il carattere di legge di polizia e di sicurezza; questa opinione è però combattuta da Dall., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Lois*, n. 334; Huc., vol. I, n. 151, p. 142.

Fra le leggi di polizia e di sicurezza vanno comprese anche quelle di procedura.

Sic in tema di vendita di beni dei minori: Liège, 31 dicembre 1879, *Pasic.*, 1880, II, 122; — in materia di procedura di divorzio: Lyon, 23 febbraio 1887, D. P., 1887, 2, 33; — in materia di competenza e di esecuzione forzata: Parigi, 17 febbraio 1888, D. P., 1890, 2, 5; — Limoges, 29 giugno 1885, *J. Pal.*, 1887, 459; Sir., 1887, 2, 81.

N. 3. Leggi relative agli immobili.

I, 108. **44.** *A sensi dell'articolo 3 del codice civile, « gli immobili, anche se posseduti da stranieri, sono governati dalla legge francese ».*

La condizione giuridica dei beni considerata per loro stessi, astraendo dalle persone, dipende esclusivamente dalla legge

territoriale. Questa determina quali beni siano mobili, quali immobili, quali si trovano in commercio, stabilisce le servitù legali e le altre limitazioni della proprietà introdotte dal legislatore per motivi d'interesse generale.

Sic AUBRY e RAU, vol. I, p. 84 e p. 99 segg. § 31; LAURENT, *Dir. civ. internaz.*, vol. VII, n. 153 segg., 331; — Cass. Fr., 5 aprile 1887, SIR., 1889, 1, 387; *J. Pal.*, 1889, 939.

45. *Secondo l'articolo 3 del codice civile, la legge che governa le successioni immobiliari è uno statuto reale. Se però si seguissero soltanto i principi, bisognerebbe invece ritenere che le leggi successorie costituiscono uno statuto personale, anche per quanto concerne gli immobili compresi nella eredità.*

I 108-109.

Nel senso della realità dello statuto, v. Cass. Fr., 26 gennaio 1892, *J. Pal.*, 1892, 1, 76: SIR., 1892, 1, 76; — 2 aprile 1884, *J. Pal.*, 1886, 265; SIR., 1886, 1, 121; D. P., 1884, 1, 277; — 20 febbraio 1882, D. P., 1882, 1, 119; *J. Pal.*, 1882, 353; SIR., 1882, 1, 145; — 4 aprile 1881, *J. Pal.*, 1883, 139; SIR., 1883, 1, 65; D. P., 1881, 1, 381; — Besançon, 25 luglio 1876, *J. Pal.*, 1879, 1007; SIR., 1879, 2, 249; — AUBRY e RAU, vol. I, § 31, p. 101.

46. *Alla stregua dei principi e prescindendo dalle disposizioni del diritto positivo, bisogna, contrariamente alla dottrina tradizionale, considerare come materia di statuto personale e non reale:*

I 110-116.

1.° L'articolo 907 del codice civile, che limita il diritto del minore di disporre a vantaggio del proprio tutore;

2.° L'articolo 908, che limita la capacità del figlio naturale a ricevere per donazione o per testamento;

3.° Le leggi che vietano alla moglie di obbligarsi in favore del marito;

4.° Il divieto fatto ai coniugi di avvantaggiarsi con disposizione reciproca.

Tutte queste disposizioni affettano, in realtà, la capacità delle persone in esse contemplate.

5.° La legge che proibisce al marito di alienare i beni immobili della moglie senza il di lei consenso;

6.° La legge che governa l'alienabilità o l'inalienabilità della dote, poichè si limita a presumere la volontà delle parti;

7.° La legge che accorda un'ipoteca legale alla moglie o al minore, non essendo che accessoria alle leggi che disciplinano il matrimonio o la tutela —; l'organamento, però, e l'esercizio di dette ipoteche, siccome materia d'interesse generale e d'ordine pubblico, sono retti dalla legge del luogo in cui sono situati gli immobili affetti alla garanzia.

Sul primo punto, *contra*: HUC, vol. I, n. 125, p. 120.

Sul secondo, *contra*: AUBRY e RAU, vol. I, nota 16, § 31, e p. 15; ma cfr., nel senso dell'opinione del Laurent, l'Esposizione dei motivi di Joubert, LOCRÉ, vol. V, p. 346, n. 15.

Sul terzo, *sic* Chambéry, 19 novembre 1877, *J. Pal.*, 1878, 85; SIR., 1878, 2, 5, e nota.

Sul quarto, Parigi, 27 maggio 1892, D. P., 1892, 2, 553.

Sul sesto, *sic* AUBRY e RAU, vol. I, p. 88, § 31, nota 20.

Sul settimo, *sic* DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Lois*, n. 368, e cfr. AUBRY e RAU, vol. I, p. 87, § 31, nota 19; p. 304, § 78, note 62 e 63.

Le disposizioni che stabiliscono privilegi mobiliari od immobiliari formano statuto reale, sussistendo i privilegi stessi in forza della legge indipendentemente dalla volontà delle parti.

Sic Trib. Senna, 16 febbraio 1889, DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Lois*, n. 373, nota; — Rouen, 22 luglio 1873, D. P., 1874, 2, 180; — Caen, 12 luglio 1870, *J. Pal.*, 1871, 269; SIR., 1871, 2, 57; D. P., 1874, 1, 465 e sul ricorso, Cass. Fr., 19 marzo 1872, *J. Pal.*, 1872, 560; SIR., 1872, 238; D. P., 1874, 1, 465.

I 117-121.

47. *Formano uno statuto personale, secondo la tradizione implicitamente consacrata dal codice civile, le leggi che governano i beni mobili.*

Qualsiasi opinione si abbracci intorno alla questione esaminata al n.° 45, la successione mobiliare di uno straniero è dunque retta, in Francia, dalla sua legge nazionale.

La sola legge francese è applicabile in Francia alle esecuzioni mobiliari, all'acquisto della proprietà di una cosa mobile mediante il semplice possesso (art. 2279 c. c.), *alla devoluzione in favore dello Stato delle eredità giacenti, anche mobiliari, dappoichè tutte queste materie hanno tratto al diritto pubblico.*

Secondo la giurisprudenza formatasi in Francia, la legge francese regola la successione mobiliare dello straniero, allorchè

il medesimo fu ammesso, coll'autorizzazione del capo dello Stato, a stabilire in Francia il suo domicilio: in caso contrario, è applicabile la legge nazionale. Questa distinzione è fondata sulla presunzione che lo straniero, chiedendo di fissare il suo domicilio in Francia, abbia voluto rompere ogni relazione col suo paese d'origine, affinchè la legge del domicilio reggesse il proprio statuto personale. Ma questa presunzione è troppe volte contraria alla realtà delle cose perchè l'interprete possa accoglierla, sopratutto quando manca una norma legislativa che possa prestarle il minimo appoggio.

La giurisprudenza francese in materia di successione mobiliare dello straniero è citata in calce alla sentenza della Cass. Fr., 2 aprile 1884, *J. Pal.*, 1886, 265; Sir., 1886, 1, 121 e Dall., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Lois*, n. 378, e 379. La combatte il Laurent, *Droit international*, vol. III, n. 379. Cfr. Id., *ibid.*, vol. VI, n. 137, 159 segg.

Quanto alla realità della legge sull'esecuzione mobiliare, l'acquisto della proprietà delle cose mobili mediante il possesso e le eredità giacenti, cfr. Aubry e Rau, vol. I, § 31, p. 102; — Dall., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Lois*, n. 386.

Riguardo alle forme dell'esecuzione e alla distinzione fra formalità intrinseche ed estrinseche, v. *supra*, n. 42 e la sentenza, ivi citata, della Cass. B., 4 giugno 1891, *Pasic.*, 1891, I, 163.

Relativamente ai privilegi sui mobili, v. *supra*, n. 46.

§ 4. Critica della dottrina degli statuti.

48. *La distinzione tradizionale fra statuto reale e personale non trova alcun fondamento in ragione. Dal punto di vista puramente razionale, tutte le leggi sono personali. I beni non costituiscono che l' accessorio della persona: l' uomo, pertanto, dovrebbe essere soggetto, dovunque si trovi, alla sua legge nazionale; mentre la legge del luogo dovrebbe applicarsi solamente nei casi in cui lo richiegga l'istessa conservazione dello Stato.* I 122 140.

CAPO IV.

EFFETTO DELLE LEGGI RIGUARDO AL TEMPO

Sezione I. — Il principio della non retroattività

§ 1. Quando il legislatore può o non può disporre pel passato.

I 141-150.

49. *Il principio stabilito dall'articolo 2 del codice civile, secondo cui la legge dispone per l'avvenire e non ha effetto retroattivo, non vincola il legislatore, i cui poteri non trovano limitazione che nelle norme costituzionali, in ispecie nel Belgio nell'articolo 11 della Costituzione, ai cui termini niuno può essere privato della sua proprietà se non per causa d'utilità pubblica, nei casi e nel modo determinati dalla legge e dietro una giusta e preventiva indennità.*

Sembra a noi che il Laurent estenda eccessivamente la portata di quest'ultima disposizione.

La quale non tende mica a impedire che una legge sulla proprietà abbia effetto retroattivo, cioè la si reputi esistita già prima della sua pubblicazione e regolatrice di fatti ad essi anteriori; ma ha unicamente per oggetto di evitare che un privato sia spogliato di ciò che gli appartiene senza un preventivo indennizzo; nè farebbe ostacolo all'effetto retroattivo di una legge sulla proprietà se non quando la retroattività fosse un mezzo larvato per violare la regola che vieta l'espropriazione senza un giusto e preventivo compenso.

Del resto, la teoria dei diritti quesiti, che l'illustre giurista fonda sull'articolo 11 della legislazione belga, si indirizza piuttosto al legislatore che non all'interprete. Questi non ha altro compito che d'applicare il testo dall'articolo 2 del codice civile, di cui tenteremo precisare il significato nel numero seguente.

§ 2. Quando il giudice
può o non può applicare le leggi al passato.

50. *La legge retroagisce e governa anche il passato, se tale è la volontà espressa o tacita del legislatore.* I 151-166.

Questa volontà tacita deve essere presunta, se la legge, mentre ha per iscopo un interesse generale, non si trovi di fronte che interessi di individui. Avviene così quando concerne diritti regolati per motivi di generale interesse. Dispongono dunque anche pel passato, anzitutto le leggi politiche che comprendono, fra altre, le leggi elettorali, quelle in materia d'imposta, quelle sulle fondazioni; poi le leggi d'ordine pubblico, nelle quali vanno comprese quelle che determinano lo stato delle persone e la capacità o l'incapacità che ne risultano.

Per l'opposto, questa volontà tacita non deve presumersi, se la legge, anche d'interesse generale, viola il diritto quesito da un cittadino, cioè un diritto privato che concerna direttamente o indirettamente la proprietà. Nondimeno, qualora si tratti soltanto dell'uso o dell'esercizio della proprietà e l'interesse generale lo esiga, potrà la retroattività essere ammessa.

Qualunque sia l'obbietto della legge, non potrà il giudice, salva espressa disposizione, farla agire retroattivamente se non nel caso in cui la retroattività possa applicarsi senza bisogno di norme transitorie, di guisa che la nuova legislazione sostituisca l'antica immediatamente e di pien diritto.

Le difficoltà, alle quali ha dato luogo questa materia, sembrano derivare da ciò che i commentatori dell'articolo 2 estesero eccessivamente la nozione di retroattività e ritennero quindi a torto sfuggire, per la sua natura, all'applicazione di tal norma tutta intera una categoria di leggi.

Così la dottrina insegna che derogherebbe all'articolo 2 e disporrebbe pel passato la legge nuova la quale, fissando la maggiore età a 25 anni, rendesse minorenni le persone che, già maggiori secondo il codice civile, non avessero peranco raggiunto gli anni 25.

A parer nostro, non vi sarebbe nè retroattività, nè deroga all'articolo 2.

Una legge retroagisce o dispone pel passato se, in forza d'una finzione, la si reputi esistita in epoca anteriore alla sua esistenza reale: tale è il caso della legge del 17 nevoso anno II, che fece risalire sino al 14 luglio 1789 l'uguaglianza assoluta fra coeredi.

Una legge che ritardi l'età maggiore avrà dunque effetto retroattivo, non mica se stabilisca lo stato delle persone per l'avvenire, cioè posteriormente alla sua pubblicazione, ma se lo regoli pel passato, in guisa che coloro i quali erano già maggiorenni per virtù della legge antica, e che non sono più tali secondo la nuova, si considerino come non mai stati maggiori, val dire si reputino tuttora incapaci e quindi autorizzati a chiedere la nullità di tutti gli atti da essi compiuti.

Ora, gli stessi scrittori i quali sostengono la retroattività di una legge simile, riconoscono che gli atti, compiuti prima della sua pubblicazione dai maggiorenni ch'essa fa minori, rimarrebbero tuttavia validi: non reputano dunque che quella legge abbia esistito in modo fittizio prima d'essere pubblicata. Erroneamente, quindi, insegnano costoro che retroagisca, dimenticando affatto la limpida interpretazione dell'articolo 2 dataci dal Portalis: « Distruggere un istituto che esiste, non è fare una legge retroattiva, poichè, diversamente, bisognerebbe dire che le leggi non possono mutar nulla. Presente e futuro sono nel loro dominio. Esse non possono certo far sì che una cosa esistente non abbia esistito; ma possono senza dubbio decidere che avrà cessato di esistere ». (Discorso al Corpo legislativo, seduta del 23 frimaio anno X, LOCRÉ, vol. I, p. 260, n. 24).

Sic HUC, vol. I, n. 57-58. — Cfr. Cass. fr., 7 marzo 1881, D. P., 1881, 1, 348; *J. Pal.*, 83, 487.

Noi pensiamo che, salvo deroga espressa, l'articolo 2 debba essere osservato rigorosamente.

La legge, esso dice, dispone soltanto per l'avvenire; non ha effetto retroattivo. Ciò vuol significare che la legge non regola mai l'esistenza dei diritti che sia anteriore all'epoca in cui essa entrò vigore, ma ne governa bensì l'esistenza posteriore a quella data, ovvero che, come osservava il Faure: « La legge non deve avere altro fine fuorchè di regolare i casi non peranco verificatisi ». (Discorso al Corpo legislativo, 14 ventoso anno XI, LOCRÉ, vol. I, p. 317).

Pur applicando ristrettivamente l'articolo 2, bisogna nondimeno tener calcolo dell'obbietto della nuova legge e dell'origine di tutti i diritti.

I diritti, cioè le facoltà che le leggi garantiscono ai cittadini o reciprocamente fra loro, o di fronte allo Stato, sono tutti stabiliti, espressamente o tacitamente, dalla legge. Questa li crea e conserva loro la vita; si potrebbe dire che li genera perpetuamente: se essa scompare, anche quelli scompaiono con lei al modo stesso che, distruggendo il sostegno, cade la cosa sostenuta.

Se dunque una legge nuova concerne appunto la istituzione di un diritto, questa sarà per l'avvenire governata necessariamente dalla legge nuova; poichè, scomparsa la legge antica sarà caduta anche l'istituzione che dipendeva da quella. Una legge regola i diritti nascenti dalla patria potestà; ne vien promulgata un'altra che abroga la precedente: l'istituto della patria potestà, quale era stato creato da quest'ultima, necessariamente scompare. Se la nuova legge si è limitata ad abolire l'antica, la patria potestà, non avendo più una base legale, sarà soppressa. Se invece ha ristabilito su altre fondamenta l'istituzione, i diritti scaturiti dalla patria potestà continueranno a sussistere, non già in virtù della legge antica divenuta inefficace, ma perchè nuovamente creati dalla legge posteriore.

Ora, se esaminiamo le leggi relativamente al loro obbietto, rileviamo esservi una categoria di leggi le quali concernono quasi sempre l'istituzione di un diritto. Così è, anzitutto, delle leggi politiche, per esempio quelle che modificano o sopprimono i diritti elettorali. Una legge ne abroga una precedente che accordava il diritto all'elettorato: tutti cessano di essere elettori, nè alcuno ridiverrà tale se non nel caso in cui la nuova legge ristabilisca il diritto elettorale che ebbe ad abolire. Vengono poi le leggi sulla capacità delle persone, le leggi che modificano l'istituzione di un determinato stato personale, come, ad esempio, quelle che abolissero lo stato di matrimonio, le leggi che sopprimessero un diritto privato, come il diritto ipotecario, il diritto del padrone sullo schiavo.

Per l'opposto, vi sono altre leggi le quali, pur mantenendo l'istituzione di un diritto, si limitano a stabilire le condizioni

nelle quali il diritto può nascere: per esempio la legge che determina i requisiti per la costituzione di un'ipoteca. Anche questa dispone per l'avvenire; ma, siccome non ha toccato la stessa istituzione del diritto, siccome a sensi dell'articolo 2 non può retroagire, il diritto ipotecario acquistato precedentemente sarà conservato.

Giungiamo così alla conclusione che l'articolo 2 deve essere applicato rigorosamente; ma che questa applicazione produce effetti diversi, secondo che la nuova legge distrugge, come diceva il Portalis, in tutto o in parte un'istituzione esistente, ovvero regola le condizioni nelle quali l'istituto potrà sorgere.

Nel primo caso, la legge ha ciò che gli scrittori chiamano erroneamente un effetto retroattivo. Nel secondo, ritenendo a torto che la nuova legge regoli l'istessa esistenza del dìritto, dicono che non retroagisce perchè si trova di fronte dei diritti quesiti (v. *infra*, n. 53).

Cfr. Liège, 13 aprile 1892, *Pasic.*, 1892, II, 287; *Belg. jud.*, 1892, 665; — le conclusioni dell'avv. generale Petiton nella causa decisa colla sentenza Cass. fr., 18 febbraio 1884, SIR., 1885, 1, 205; *J. Pal.*, 1885, 1, 501; — AUBRY e RAU, vol. I, § 30, p. 79 e nota 67; — PARDESSUS, *Servitudes*, vol. II, pagine 352-357.

Circa l'effetto delle leggi elettorali, *sic* Cass. B., 28 giugno 1880, *Pasic.*, 1880, I, 235, e 236; — Cass. fr., 28 ottobre 1885, *J. Pal.* 1886, 916; SIR., 1886, I, 377. La dottrina è pacifica in questo senso.

Quanto all' effetto della legge sulle fondazioni, *sic* Gand, 26 luglio 1884, *Pasic.*, 1885, II, 27; Cass. B., 5 giugno 1873, *Pasic.* 1873, I, 211.

I, 167. **51**. *La legge interpretativa, non essendo altro che la legge antica illustrata legislativamente, non è una legge nuova e regola necessariamente anche il passato.*

Sic HUC, vol. I, n. 94; — DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Lois*, n. 119; — AUBRY e RAU, vol. I, § 30, p. 60.

I, 168. **52**. *La legge nuova, che riproduce l'antico diritto, dispone pel passato, non perchè retroagisca, ma perchè riproduce il diritto antico.*

Sic Gand, 10 marzo 1894, *Pasic.*, 1894, II, 283; — Cass. B., 2 marzo 1876, *Pasic.*, 1876, I, 166; *Belg. jud.*, 1876, 385.

Sezione II. — Dei diritti di stato personale.

§ 1. Principio.

58. *Le leggi che regolano lo stato delle persone dispongono essenzialmente per l'avvenire; ma gli atti legalmente compiuti sotto l'impero dell'antica legge non possono essere invalidati.* I 169-170.

Gli Aubry e Rau (vol. I, § 30, nota 20 e p. 67), distinguendo lo stato dalla capacità, insegnano che lo stato delle persone, regolarmente fissato, costituisce un diritto quesito sottratto alla legge nuova, mentre la capacità è regolata esclusivamente da questa, sebbene rimangano validi gli atti regolarmente fatti sotto l'impero della legge antica (*Sic* Dall., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Lois*, n. 128 e seg.).

Come abbiamo già detto più sopra (n. 50), noi crediamo che, per risolvere le difficoltà che possono presentarsi in questa materia, basti applicare rigorosamente l'articolo 2 e non si debba far questione d'effetto retroattivo.

La capacità di determinate persone, l'incapacità di certe altre, sono istituti creati dalla legge, i quali non sussistono se non in quanto sia conservata la legge che li ha stabiliti. Se questa viene abrogata, l'istituzione scompare e sarà nessariamente sostituita dall'istituto derivante dalla legge nuova. Viene abrogata una legge che dichiara incapaci i minori d'anni 21: l'incapacità e la capacità, da lei create, scompaiono con essa. La nuova legge dichiara incapace il minore di 25 anni: disponendo essa per l'avvenire, tutti coloro i quali non hanno raggiunto il ventesimo quinto anno di età sono divenuti incapaci dal giorno in cui è entrata in vigore. Non si tratta di retroattività, dappoichè la legge spiega effetto soltanto pel futuro; ma appunto perchè non retroagisce, la legge nuova non si applica a quanto avviene prima della sua pubblicazione, e perciò rimarranno integri gli atti validamente posti in essere, innanzi alla sua entrata in vigore, da persone inferiori agli anni 25.

Se la legge ha per oggetto lo stato delle persone, bisogna distinguere secondo la sua portata.

Può accadere che la legge nuova mantenga lo stato, ma modifichi i mezzi d'acquisto o di perdita del medesimo. In tal caso, lo stato acquistato sotto la legge antica sarà mantenuto, poichè la nuova fu sostituita dalla precedente per conservarla: però, siccome un tale stato non esiste se non perchè la legge nuova l'ha conservato, si perpetuerà soltanto secondo le regole da questa stabilite.

Se la legge nuova non si è limitata a modificare le condizioni per l'acquisto di uno stato e lo sopprime; se, per esempio, ha abolito lo stato di matrimonio, in tal caso, lo stato creato e mantenuto dalla legge antica, sarà definitivamente posto nel nulla, poichè la base legittima, indispensabile per la sua esistenza, sarà scomparsa senza che un'altra la sostituisse.

In questa ipotesi, si dice, la legge retroagisce, poichè annulla gli effetti dell'acquisto d'uno stato, fatto regolarmente.

Vi ha qui confusione ed errore.

Si confonde l'acquisto d'uno stato, cioè d'una condizione giuridica stabilita dalla legge, colla stessa istituzione di questa. L'istituto matrimoniale non è mica creato dalle nozze contratte fra due persone: esso preesiste e deriva dalla legge che lo organizza e lo mantiene. Posto ciò, se scompare la legge generatrice, è posto nel nulla lo stato da quella creato.

Si commette un errore, giacchè la retroattività non sussiste se non quando la legge nuova, non solamente sopprime o stato, ma lo considera come non mai esistito.

§ 2. Applicazioni.

N. 1. Naturalizzazione.

I 171-172. **54**. *Una legge che modificasse le condizioni richieste per l'acquisto della naturalità, si applicherebbe anche a coloro i quali, senza essere ancora divenuti cittadini, possedessero già la maggior parte dei requisiti che la legge anteriore stabiliva perchè venissero dichiarati francesi; giacchè le leggi politiche hanno effetto retroattivo. Ma gli stranieri, naturalizzati sotto l'antica legge, rimangono francesi, non mica perchè abbiano un diritto quesito, sibbene perchè non si può presumere nel*

legislatore la volontà di distruggere un atto compiuto in conformità alla legge.

Questa soluzione non è discussa: gli scrittori discordano soltanto riguardo ai motivi del decidere.

Sembra a noi che la retroattività, la nozione dei diritti acquisiti non spieghino qui influenza veruna.

Lo straniero che non fu ancora naturalizzato deve adempiere le condizioni richieste dalla legge nuova, poichè questa dispone per l'avvenire; e in forza appunto della sua qualità di straniero egli cade necessariamente sotto l'applicazione della nuova legislazione. Per l'opposto, lo straniero, già naturalizzato francese, rimane tale: infatti, la legge non lo concerne, poichè contempla gli stranieri, mentre egli è francese; d'altro canto, essa non dispone pel tempo passato.

55. Secondo l'attuale articolo 8, 3°, del codice civile (legge del 26 giugno 1889), chi nacque in Francia da uno straniero nato in Francia, è cittadino francese. A termini invece delle leggi del 7 febbraio 1851 e del 16 dicembre 1874, la persona nata in Francia da uno straniero ivi nato, era francese, ma aveva diritto di rinunziare a tale nazionalità, entro l'anno successivo alla sua età maggiore.

L'attuale articolo 8, 3° ha modificata la nazionalità dell'individuo, nato prima dell'entrata in vigore di questa disposizione? Chi aveva ripudiata la nazionalità francese conformemente alle leggi del 1851 e del 1874, chi si trovava ancora in termine per ripudiare tale nazionalità, chi era tuttavia minorenne è forse divenuto definitivamente francese?

L'articolo 2 del codice civile risponde alla questione. « La legge » esso dice « dispone per l'avvenire ». Ora, l'articolo 8, 3° prescrive: « È francese chiunque sia nato in Francia da uno straniero che pure vi nacque ». Esso non fa distinzione secondo che fosse maggiore o minore: lo dichiara, in ogni caso, francese. Adunque, dal giorno in cui la legge entrò in vigore, tutti quanti riunivano la duplice condizione d'essere nati in Francia e di avere uno dei genitori nato in Francia, furono definitivamente cittadini francesi.

Tuttavia la nuova legge non ha retroagito, perchè queste persone conservarono, pel passato, la nazionalità di cui le aveva dotate la legge francese allora vigente.

Una tal soluzione è la conseguenza necessaria dei principî che abbiamo esposto testè (v. sopra, n. 50 e 53).

Essa è conforme all'interpretazione data dalla legge del 7 febbraio 1851. Questa aveva, modificando l'articolo 9 del codice civile, dichiarato francese, salva la facoltà della rinunzia, lo straniero nato in Francia da uno straniero ivi nato: dottrina e giurisprudenza ritenevano che lalegge fosse applicabile alle persone nate prima della sua entrata in vigore.

Questa tesi, che risulta dal testo esplicito dell'art. 8, 3°, è pure conforme allo scopo prefissosi dal legislatore: « Esse (le dispo- « sizioni dell'attuale art. 8, 3°) sono indispensabili, poichè co- « stituiscono l'unico mezzo per costringere le persone, le quali « hanno interesse a non dichiararsi per nessuna collettività de- « terminata, allo scopo di sfuggirne gli oneri, ad adempiere ai « loro doveri di uomini e di cittadini ed a cessare alfine così di « vivere in una condizione di vita privilegiata dal punto di vista « materiale e di poter divenire, in certi casi, una minaccia per « l'ordine pubblico. Esse non presentano pericolo di sorta, poichè « non faranno partire dalla Francia o dall'Algeria, nè uno stra- « niero, nè un colono. Questi si sottraggono senza dubbio volen- « tieri agli oneri sociali quando lo possono, ma subiranno senza « proteste gli oneri che vengano loro imposti ». (Relazione alla Camera del Du Bost, SIR., *Lois annotées*, 1886-1890, p. 579). Ed è a notarsi che, non soltanto la nostra conclusione sgorga da questo passo della relazione del Du Bost, ma che, inoltre, la maggior parte delle considerazioni in esso riprodotte si applicano quasi esclusivamente agli stranieri maggiorenni.

Dottrina e giurisprudenza si pronunziano in senso contrario, respingendo la nostra teorica e facendo distinzioni, sulle quali, per di più, manca l'accordo.

Si ammette che l'individuo, minore al momento in cui entrò in applicazione l'attuale articolo 8, 3°, è definitivamente divenuto francese, mentre sfugge alla legge e rimane straniero colui il quale, già maggiorenne, aveva ripudiata la qualità di francese. Il motivo è che il minore non possedeva se non la facoltà di

ripudiare la nazionalità francese e che questa facoltà potè essergli tolta, mentre il maggiorenne aveva già compiuto un atto che lo aveva reso straniero e quest'atto deve essere rispettato.

Simili distinzioni sono arbitrarie.

Esse contraddicono al testo esplicito del nuovo articolo 8, 3°, ed ai motivi che lo determinarono. Non trovano appoggio sopra nessun argomento serio, perchè, sia la persona maggiore o minore, è la legge e la legge soltanto che lo rende francese o straniero. Il maggiorenne ha declinata la qualità di francese e divenne straniero; ma è la legge che attribuì effetto a un tale atto, come la legge rese francese con facoltà di ripudio il minore nato in Francia da uno straniero natovi egli pure. L'errore dei nostri avversarî sta nel dimenticare che, qualunque sia il fatto da cui derivò la qualità di francese o di non francese, questa qualità è sempre un'impronta di cui la legge francese segna una persona, la quale sussiste solo in quanto la legge la mantenga e che deve quindi modificarsi colla legge stessa. I nostri contraddittori sembrano credere, erroneamente, che l'attuale articolo 8, 3° faccia dipendere dalla volontà dell'individuo nato in Francia da un genitore che ivi ebbe i natali, la questione di sapere se egli sarà o non sarà francese. Questa disposizione lo dichiara francese, lo voglia egli o no, e quindi la volontà da lui manifestata per l'addietro non ha importanza di sorta. La teoria da noi combattuta è, al postutto, inconciliabile coll'applicazione fatta, dagli stessi scrittori che la sostengono, della legge del 7 febbraio 1851 alle persone nate prima dell'entrata in vigore di questa, e che erano straniere, non solo in forza d'un semplice atto della loro volontà cui la legge aveva attribuito tale efficacia, ma in virtù della legge medesima.

L'artificio della tesi che contrastiamo ha necessariamente condotto la discordia fra i nostri avversarî: mentre, infatti, gli uni decidono che il maggiorenne, il quale si trovasse ancora nel periodo dell'opzione, sfuggiva all'applicazione della legge, gli altri pretendono che vi fosse soggetto.

Decidono che la legge del 7 febbraio 1851 è applicabile agli individui minori di età prima della sua entrata in vigore: Douai, 18 dicembre 1854, SIR., 1855, 2, 263; — Cass. fr., 7 dicembre 1883, SIR., 1885, 1, 89; D. P. 1884, 1, 209; — DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Droits civils*, n. 48; — DEMOLOMBE, vol. I, p. 194: — DE FOLLEVILLE, p. 142.

Ritengono che la persona minore prima che entrasse in applicazione dell'articolo 8 3°, nuovo è definitivamente francese: DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Lois*, n. 131; — HUC, vol. I, n. 128; — Cass. fr., 5 giugno 1893, D. P. 1893, 1, 377; *J. Pal.*, 1893, 1, 289; Rennes, 18 aprile 1893, D. P., 1893, 2, 573.

Considerano definitivamente francese il maggiore di età il quale, al momento dell'entrata in applicazione dell'attuale art. 8, 3°, si trovava nel termine del repudio: DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Lois*, n. 132. — *Contra:* HUC., vol. I, n. 228; — Trib. Lilla, 1 maggio 1890, SIR., 1892, 2, 271; D. P., 1891, 2, 173.

Decidono che è rimasto straniero l'individuo il quale, prima dell'entrata in vigore dell'attuale articolo 8, 3°, ha fatto la dichiarazione preveduta dall'articolo 1 della legge 7 febbraio 1851: DALL. *Rép.*, *Suppl.*, v. *Lois*, n. 131; — HUC, vol. I, n. 228; — Cass. fr., 5 giugno 1893, D. P., 1893, 1, 377, *J. Pal.*, 1893, 1, 289.

56. La legge del 26 giugno 1889 ha dato origine a diverse altre questioni relative alla retroattività. A termini dell'articolo 10 del codice civile, il figlio nato da genitori uno dei quali aveva perduto la cittadinanza francese, poteva sempre reclamare questa qualità; mentre, secondo l'attuale articolo 10, decade da un tale diritto se, essendo domiciliato in Francia e chiamato sotto le armi, ha rivendicato la qualità di straniero.

Questa decadenza colpirà coloro i quali abbiano rivendicata la qualità di stranieri sotto il vigore delle leggi precedenti?

Senza dubbio: la legge nuova non fa alcuna distinzione e dispone per l'avvenire; perciò, tosto che è entrata in applicazione, nessuno che non soddisfi alle condizioni da lei prescritte può reclamare la qualità di francese. D'altro canto, l'acquisto della cittadinanza francese, nell'ipotesi di cui all'articolo 10, è una naturalizzazione (v. *infra*, n. 182) e come tale va regolata dalla legge nuova, essendo indiscutibile (come del resto ammettono tutti) che soltanto la legge nuova governa la naturalizzazione posteriore ad essa (vedi *supra*, n. 54). Non si comprende, in ogni modo, come si possa sostenere che la facoltà concessa dal l'articolo 10 di rivendicare la qualità di francese sia un diritto quesito, mentre si riconosce che nel caso dell'articolo 8, 3°, il minore non ha alcun diritto quesito (*supra*, n. 55). Queste contraddizioni derivano dall'avere introdotto nella subbietta materia la erronea nozione dei diritti quesiti, una concezione falsa della retroattività e dal non voler applicare, secondo il suo vero tenore, l'articolo 2 del codice civile.

La nostra soluzione che attribuisce al rifiuto del servizio militare un effetto, sconosciuto alla legge in vigore al tempo in cui venne opposto, darebbe, secondo gli avversarî, efficacia retroattiva alla legge nuova. Non vi è retroattività e la legge nuova non agisce sul passato: infatti, essa non modifica punto la nazionalità della persona pel tempo già decorso, ma soltanto stabilisce chi possa, per l'avvenire, acquistare la qualità di francese.

Contra: Douai, 9 luglio 1890, D. P., 1891, 2, 184; Sir., 1892, 2, 272; *J. Pal.*, 1892, 2, 271 e 272.

57. L'attuale articolo 8, 4° dichiara cittadino francese il figlio nato in Francia da uno straniero nato all'estero, se, divenuto maggiorenne, è domiciliato in Francia, e se, entro l'anno dall'età maggiore, non repudii la qualità di francese. L'articolo 9 del codice civile lo reputava invece straniero, accordandogli la facoltà di eleggere la cittadinanza francese.

Si domanda se l'attuale articolo 8, 4°, sia applicabile al figlio il quale, nato in Francia da uno straniero che pure vi nacque era domiciliato in Francia all'epoca della sua maggiore età compiuta prima dell'entrata in vigore della legge nuova.

La risposta non può essere che negativa.

La legge non dispone che per l'avvenire: essa regola gli effetti degli atti compiutisi dopo la sua promulgazione e non prima di questa; perciò fa divenir francesi coloro i quali, nel tratto successivo, soddisferanno alle condizioni da lei stabilite; ma non trova applicazione quando il concorso delle condizioni medesime si sia verificato prima della sua entrata in vigore. La nostra soluzione resulta, del resto, dalla lettera stessa del nuovo articolo che usa la frase: « è domiciliato in Francia » e non l'altra « era domiciliato in Francia ».

La presente conclusione non contraddice alla tesi che adottammo più sopra (n. 55): i termini della legge, al pari delle condizioni alle quali è subordinata l'attribuzione della qualità di francese, sono diverse nelle due ipotesi; per di più, si tratta nell'un caso di un francese per nascita e nell'altro di un francese per naturalizzazione (v. il n. precedente e *infra*, n. 122, 136, 137, 182).

Sic Lyon, 2 aprile 1890, *J. Pal.*, 1891, 1, 915; Sir., 1891, 2, 173; D. P., 1891, 2, 369; — Dall., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Lois*, n. 134.

58. Le disposizioni della legge francese del 26 giugno 1889, relative alla naturalizzazione, danno luogo a controversie analoghe alle precedenti, che vanno risolte alla stregua degli stessi principii.

Stabilisce questa legge: « Divengono cittadini francesi i figli minori il cui genitore superstite si faccia naturalizzare francese ». Questa norma è applicabile ai figli minori di persone naturalizzate prima della legge del 26 giugno 1889? No, poichè la legge non dispone che per l'avvenire. Le espressioni della legge confermano tale interpretazione poichè si riferiscono soltanto ai figli il cui genitore « si fa naturalizzare »; lo che esclude quelli i cui genitori abbiano ottenuta la cittadinanza prima della legge nuova (v. il n. precedente).

Contra: Dall., *Rép.*, *Suppl.* v. *Lois*, n. 135.

N. 2. Matrimonio.

I 173-174. **59.** *La legge che determina i requisiti del matrimonio dispone pel passato e deve essere osservata anche da coloro i quali venissero privati del diritto di contrarre nozze che loro riconosceva la legislazione precedente. Però i matrimoni, validamente celebrati sotto l' impero della legge anteriore, conservano efficacia, giacchè il legislatore mantiene sempre in vigore gli atti legalmente formati. La prova del matrimonio è regolata dalla legge vigente al tempo della celebrazione.*

Questa soluzione non è controvertibile. Non si deve però parlare nè della retroattività cui allude il testo, nè, come insegnano gli Aubry e Rau, di diritto quesito a uno stato matrimoniale regolarmente stabilito sotto la legge anteriore (Aubry e Rau, v. I, § 30, p. 63 e 67; note 20, 33 a 35).

La legge dispone per l'avvenire, dice l'articolo 2. Adunque, se la nuova legge modifica le condizioni richieste dalla precedente per l'acquisto dello stato di persona coniugata, siccome lo stato e la capacità sono creazioni della legge soggette a mutarsi con essa (*supra*, numeri 50 e 53), tutti i

matrimonì, contratti dopo entrata in vigore la legge nuova, saranno regolati da questa. Ma poichè, a sensi dell'articolo 2, la legge non retroagisce, tutti i matrimoni celebrati prima della legge nuova saranno sottratti all'azione della medesima, e altrettanto accadrà della prova di tali matrimoni, prova che si confonde con le loro condizioni di esistenza (*infra*, n. 86). Il matrimonio contratto sotto l'impero della legge anteriore non sarà risolto se non nel caso in cui la nuova, anzichè limitarsi a modificare i requisiti per l'esistenza dello stato matrimoniale, sopprimesse lo stato medesimo (v. *infra*, n. 50 e 53).

La nuova legge dispone pel passato, scrive il Laurent, poichè toglie la capacità matrimoniale a persone che la precedente dichiarava abili alle nozze. Ma non è a parlare di retroattività poichè questo effetto si produce soltanto per l'avvenire e il passato rimane integro.

Non essendo il passato soggetto alla legge nuova, il matrimonio, nullo per l'inosservanza di una delle condizioni imposte dalla legge in vigore al tempo in cui venne celebrato, rimane nullo anche se una legge nuova, modificando le regole sul matrimonio, sopprimesse questa condizione per motivi d'interesse pubblico. Ammettere il contrario e ritenere che, salvo disposizione speciale, la nuova legge renda validi i matrimoni contratti sotto la legge anteriore i quali non presentino i requisiti da questa prescritti, sarebbe attribuire alla legge nuova un effetto retroattivo facendole regolare il passato; come si farebbe retroagire la legge permettendo d'invocarla per annullare matrimoni validi al tempo in cui vennero celebrati, ma che sarebbero nulli se contratti imperante la legge posteriore.

Non vi sarebbe eccezione se non quando la legge nuova vietasse la prova dei fatti sui quali si fonda la domanda di nullità: disponendo per l'avvenire, questa legge renderebbe impossibile, dopo la sua pubblicazione, la prova dei fatti medesimi

Cfr. Chambéry, 7 febbraio 1885, *J. Pal.*, 1886, 1216; Sir., 1886, 2, 217; D. P., 1885, 2, 241; — Dall., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Lois*, n. 139; — Huc, v. I, n. 65; Aubry e Rau, v. I, § 30, p. 67.

60. *La capacità della donna maritata è in balia della legge e deve essere giudicata esclusivamente secondo la legge in vigore al tempo in cui la donna ha contrattato.* I 175-179.

È l'applicazione letterale dell'articolo 2 e del principio secondo cui la capacità delle persone, creazione della legge, deve necessariamente variare con questa (v. *supra* n.° 50, 53).

Gli scrittori sono unanimi in tale soluzione, pur discordando sui motivi del decidere.

Riguardo al contratto di matrimonio, si vegga *infra*, al n. 75.

I. 180. **61**. *La legge che stabilisce il divorzio è d'ordine pubblico ed ha effetto retroattivo: si applica quindi anche ai matrimoni contratti prima della sua promulgazione. Fatti anteriori alla legge nuova possono servire di fondamento a una domanda di divorzio.*

Non è questione di retroattività, ma un'applicazione del principio che la legge, disponendo per l'avvenire, regola necessariamente tutte le azioni di divorzio intentate dopo la sua entrata in vigore, combinata colla circostanza che la legge sul divorzio non distingue se le cause di divorzio siano anteriori o posteriori ad essa.

Sebbene non vi sia accordo quanto ai motivi, questa soluzione è ammessa dalla grande maggioranza degli scrittori.

I, 181. Pau, 28 marzo, 1887, D. P., 1887, 2, 248; — Nancy, 12 novembre 1884, Sir., 1885, 2, 83; D. P., 1886, 2, 31; — *J. Pal.*, 1885, 456; — Dall., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Lois*, n. 142 segg., e v. *Divorce*, n. 45. — Cfr. la legge francese 18 aprile 1886 sulla procedura pel divorzio, art. 6. — *Contra*: Huc, v. II, n. 287.

62. *Rimangono validi i divorzi pronunziati anteriormente a una legge che abolisce il divorzio.*

È l'applicazione del principio dell'articolo 2 secondo il quale la legge non dispone pel passato, posto in relazione col fatto che il divorzio non è uno stato, ma un modo di scioglimento dello stato matrimoniale.

N. 3. Minorità. — Patria potestà. — Tutela. — Interdizione.

I 182-184. **63**. *Le leggi sull' età minore, la patria potestà, la tutela e l' interdizione sono d' ordine pubblico e quindi determinano esclusivamente, dal giorno della loro entrata in vigore, la ca-*

pacità delle persone, senza che si possa tener conto della capacità alle medesime riconosciuta dalla legge anteriore.

Sic Cass. Fr., 7 marzo 1881, D. P., 1881, 1, 348; *J. Pal.*, 1883, 487; — Aubry e Rau, vol. I, § 30, p. 64 segg.; — Dall., *Rép*, *Suppl.*, v. *Lois*, numeri 149 segg.; — Huc, vol. I, n. 63 segg.; Fuzier-Herman, art. 2, n. 85, e v. *supra*, n. 50, 53.

64. *Il minore, emancipato prima del codice e in un'età nella quale questo non consente l'emancipazione, ricade in istato di tutela se fu emancipato per opera della legge, e rimane invece emancipato, se l'emancipazione fu conseguenza del fatto proprio o di quello del suo tutore.* I, 185

Questa distinzione non ne sembra accettabile.

L'emancipazione, qualunque ne sia la causa, non si verifica che in virtù della legge: posto ciò, non si comprende come si possa annettere un'importanza maggiore all'emancipazione che resulta da un atto compiuto in esecuzione della legge che non a quella operata in forza della legge medesima.

A noi sembra che si debba distinguere secondo le modificazioni introdotte dalla legge nuova.

Se questa vieta che il minorenne sia emancipato prima di una certa età, dispone per l'avvenire riguardo a tutti i minori che non la raggiunsero ancora e quindi li fa ritornare sotto tutela; nel modo stesso che la legge nuova può far ridivenire minorenni persone che, vigente la legge anteriore, erano già maggiori di età. Se invece la nuova legge si limita a modificare i fatti dai quali può risultare l'emancipazione, non potendo essa disporre che per l'avvenire, non avrà influenza sull'emancipazione conseguìta prima della sua promulgazione. (V. *infra*, n. 68).

65. *La legge nuova non ha alcuna influenza sulla validità degli atti compiuti, imperante la legge anteriore, dalle persone di cui essa modifica la capacità.* I, 186

V. *supra*, n. 50, 53.

66. *La patria potestà e i suoi effetti, come l'usufrutto legale sui beni dei figli, sono regolati esclusivamente dalla legge nuova.* I 187-189

Per verità, la legge dispone per l'avvenire, e la patria potestà, essendo una creazione della legge, non può esistere, se non nelle condizioni che questa stabilisce.

Se una legge nuova crea talune cause obbligatorie o facoltative di decadenza dalla patria potestà (legge francese del 24 luglio 1889), siccome distrugge in parte questo istituto giuridico e deve essere applicata immediatamente, determinerà, per l'avvenire, gli effetti della patria potestà che ad essa preesisteva. Conseguentemente, e salvo deroga espressa, le cause di decadenza da lei stabilite potranno essere invocate anche se anteriori al giorno in cui è entrata in applicazione (*sic supra* n. 61).

Vi sarà eccezione se la decadenza non viene pronunziata in causa di modifiche apportate all'istituto della patria potestà, ma comminata a titolo di pena, giacchè un fatto non può essere colpito da una penalità che non esisteva al momento in cui fu commesso.

Sic Huc, vol. I, n. 65 *in fine*. — Cfr. Dall., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Lois*, n. 149; — Grenoble, 13 luglio 1892, *J. Pal.*, 1893, 2, 92; *Pasic. fr.*, 1893, II, 92, Sir., 1893, 2, 92.

I. 190. **67.** *La prova della paternità è fornita secondo la legge anteriore: eccezionalmente però la legge nuova retroagisce, in caso di riconoscimento, volontario o forzato, successivo alla medesima.*

È questa la rigorosa applicazione dell'articolo 2.

Infatti, sino a quando il figlio naturale non viene riconosciuto, la sua filiazione, legalmente, non esiste: perciò se questa è stabilita dopo l'entrata in vigore della legge nuova, va necessariamente regolata da essa.

Non è questione di retroattività, perchè trattasi di un fatto che si verifica sotto l'impero della legge nuova e i fatti anteriori a questa, cioè i riconoscimenti già compiuti, conservano la loro efficacia.

V. *supra*, n. 50, 53.
Sic Dall., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Lois*, n. 148; — Huc, v. I, n. 66; — Aubry e Rau, v. I, § 30, p. 67.

68. *Se la legge nuova sopprime una causa d'interdizione, le persone interdette per questa causa possono chiedere che l' interdizione sia revocata, ma la revoca non risulterà di pien diritto dal mutamento di legislazione.* I. 191.

La soluzione dipende esclusivamente dalla natura delle modifiche apportate dalla legge nuova all'anteriore.

Se la nuova legge, ed è questa l'ipotesi preveduta dal testo, si limita a non contemplare più, fra le cause d'interdizione, un fatto considerato come tale dalla legge antica, ma conserva l'istituto col principio che esso non ha fine se non in virtù di una decisione giudiziaria, indubbiamente la tesi ammessa dal testo va accolta, poichè è la precisa applicazione dell'articolo 2. Infatti, la legge nuova non concerne l'essenza dell'interdizione, nè il modo d' estinzione di questa, ma ha unicamente per oggetto le cause che le danno origine e la conservano. Ne segue che l'interdizione anteriore alla nuova legge sussiste in forza della medesima sino a quando questo stato non abbia fine, come vuole la nuova legge, cioè mediante una decisione giudiziale. Ne risulta del pari che la revoca, se chiesta, non potrà essere rifiutata, poichè mancherà il motivo legittimo per mantenere l'interdizione.

Se la legge nuova è andata più in là, e, non limitandosi a sopprimere una causa d'interdizione, ha modificato le condizioni che pongono fine a questo stato o ha detto ch' esso cessa di esistere non appena scompaia la causa legale che le ha dato origine, allora la nuova legge avrà l' effetto di estinguere di pien diritto l' interdizione pronunciata per cause che essa sopprime.

Se, da ultimo, la legge nuova si spinge più oltre e abolisce l'istesso istituto dell'interdizione, allora avrà per conseguenza che tutti gli interdetti cesseranno di essere tali, poichè qualsiasi stato è una creazione della legge e nessuno può avere uno stato che la legge non conosca.

È questa l'applicazione dei principii sviluppati più sopra, ai n. 50 e 53.

Identica sarebbe la soluzione se, invece che d' interdetti, si

trattasse di persone soggette a consulente giudiziario (v. *supra*, n. 64).

Cfr. Huc, v. I, n. 64. — *Contra*: Aubry e Rau, v. I, § 30, p. 64.

Sezione III. — Dei diritti patrimoniali.

§ 1. Principio.

I 192-197. **69.** *In materia di diritti patrimoniali, la legge retroagisce se tale è la volontà espressa o tacita del legislatore.*

Questa volontà non può mai presumersi, anche se la legge sia d'ordine pubblico, quando la retroattività ha per effetto di privare taluno dei suoi diritti quesiti, val dire dei diritti che sono nel di lui dominio, come i diritti contrattuali e quelli che risultano da una successione aperta. Perciò la legge del 3 settembre 1807, che limita il tasso dell' interesse, non può spiegare effetto riguardo ai contratti anteriori alla sua data. All'opposto dovrà presumersi la retroattività se lo esige l'interesse generale e questo soltanto sia in causa.

Come abbiamo già detto, noi pensiamo che la legge, salvo espressa disposizione, non spieghi mai effetto sul passato e che l'articolo 2 debba essere osservato rigorosamente.

Se la legge nuova mantiene l' istituzione di un qualsivoglia diritto privato, o si limita a modificare le condizioni d'acquisto del medesimo, siccome non regola il passato, i diritti quesiti anteriormente continueranno a sussistere.

Quando invece essa sopprima l'istessa istituzione del diritto, tutti i diritti di quell'indole, anche se sorti anteriormente, saranno posti nel nulla, poichè un diritto non può esistere, se la legge non ne consacra l'istituzione.

Non si può dire che la legge nuova, in questo caso, abbia agito retroattivamente e annullati gli atti d'acquisto: ha tolto di mezzo l'istessa materia giuridica alla quale gli atti si riferivano. Se, ad esempio, la nuova legge modifica le condizioni per l'acquisto delle ipoteche, le ipoteche acquistate in precedenza saranno mantenute: se, invece, dichiara di non voler più rico-

noscere il diritto ipotecario, diverranno inefficaci le ipoteche, anche già quesite, poichè sarà scomparso l'istituto giuridico dell'ipoteca. (V. *supra*, n. 50 e 53).

I principî sono dunque identici, si tratti di diritti patrimoniali o di altri diritti: le due categorie di diritti sembrano disciplinate da regole diverse, pel motivo che in materia di diritti patrimoniali ben di rado la nuova legge concerne l'istessa esistenza dell'istituto giuridico, come accade invece in materia di stato o di capacità.

70. *I diritti condizionali, resultino essi da convenzione o da testamento, e le facoltà convenzionali costituiscono diritti quesiti.* I, 198-199.

71. *La legge nuova non può attribuire alle parti contraenti un diritto che non resulti dalla convenzione medesima.* I, 200.

Perciò il fideiussore obbligatosi sotto l' impero dell' antico diritto che non gli concedeva, come fa il codice civile, la surrogazione ipso iure, *non rimarrà legalmente surrogato nelle ipoteche del creditore, anche se paghi vigente il codice attuale.*

§ 2. Applicazione.

1. Le forme istrumentarie.

72. *Le forme istrumentarie dei contratti e dei testamenti sono regolate dalla legge in vigore al tempo in cui furono fatti.* I, 201-203.

È l'applicazione rigorosa dell'articolo 2.

La legge nuova, non disponendo che per l'avvenire, non può regolare le formalità di atti posti in essere nel tempo passato: per conseguenza, se un testamento sia anteriore alla legge nuova, la forma del medesimo non potrà essere apprezzata alla stregua di quest'ultima, anche quando il testatore fosse decesso dopo la sua entrata in vigore.

Sic Aubry e Rau, v. I, § 30, p. 59; — Dall., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Lois*, n. 189; v. *Dispositions entre-vifs et testam.*, n. 612. — *Contra*: Huc, v. I, n. 73.

2. CONDIZIONI PER LA VALIDITÀ DEI CONTRATTI.

I 204-206. **73.** *Le condizioni per la validità dei contratti sono determinate dalla legge sotto l'impero della quale vennero formati.*

Le leggi che stabiliscono la libertà del tasso dell' interesse (legge francese del 12 gennaio 1886; legge belga del 5 maggio 1865), o che modificano il tasso cui l'interesse può essere pattuito, non spiegano quindi effetto di sorta sulle convenzioni anteriori: infatti, a sensi dell'articolo 2, la legge non dispone che per l'avvenire. È questa la soluzione insegnata dal Laurent, *supra*, n. 69.

Sic Orléans, 12 giugno 1886, *J. Pal.*, 1887, 1090; SIR., 1887, 2, 201 e la nota; — Besançon, 21 aprile 1886, *J. Pal.*, 1887, 1093; SIR., 1887, 2, 202; D. P., 1886, 2, 268; — DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Lois*, n. 150; — AUBRY e RAU, v. I, § 30, p. 72; — HUC, v. I, n. 76.

L'applicazione del principio alla donazione accettata per atto separato si connette alla controversia esposta dal Laurent, vol. XII, n. 264 e sarà esaminata con questa.

3. EFFETTI DEI CONTRATTI.

I 207-210. **74.** *Gli effetti delle clausole espresse o tacite dei contratti, cioè le conseguenze necessarie di questi, sono regolati dalla legge sotto l'impero della quale le parti hanno contrattato. Così la divisione della società ha luogo secondo la legge vigente all' epoca della sua costituzione.*

Gli effetti dei contratti sono contenuti potenzialmente in questi, come la conseguenza è racchiusa nella causa donde procede: gli effetti di una convenzione, sebbene si verifichino soltanto dopo che la medesima è conclusa, esistono non appena quella sia posta in essere e non possono, al pari di essa, venir regolati dalla legge nuova.

Non vi ha luogo a distinguere secondo che la legge sia o meno d'ordine pubblico: in entrambi i casi, salvo esplicita stipulazione, essa non dispone che per l'avvenire. Perciò la legge

non potrà annullare per l'avvenire gli effetti degli atti anteriori alla sua data, se non quando abolisca l'istituto giuridico che consente il prodursi degli effetti medesimi. (V. *supra*, n. 50, 53 e 69).

La cessione fatta da un autore del diritto di riproduzione della propria opera, è dunque esclusivamente regolata dalla legge in vigore al tempo in cui fu stipulata. Se pertanto una legge nuova estenda la durata del diritto di proprietà del cedente, il cessionario non potrà invocarla: se invece, la diminuisca, spiegherà effetto sui diritti del cessionario, perchè avrà parzialmente abolita l'istituzione del diritto ceduto.

Del pari, l'assicurazione marittima contratta sotto l'impero dell'art. 347 del codice di commercio del 1808, sarà regolata esclusivamente da questa disposizione.

Sic, quanto alla cessione del diritto di riproduzione, Cass. Fr., 20 febbraio 1882, *J. Pal.*, 1883, 836; D. P., 1882, 1, 465 e le note.

Riguardo all'assicurazione marittima, Bordeaux, 16 marzo 1887, *J. Pal.*, 1888, 1090; Sir., 1888, 2, 201.

75. *Di conformità agli esposti principii, il regime patrimoniale dei coniugi è esclusivamente regolato secondo la legge sotto il cui impero fu stipulato il contratto nuziale, o, se questo manchi, secondo la legge vigente al tempo del matrimonio. Dette leggi soltanto regolano i diritti del coniuge superstite, il trattamento dei figli, la natura mobiliare o immobiliare dei beni, il diritto nel marito di alienare gli acquisti della comunione, l'alienabilità dei beni propri della moglie.*

I 211-216.

Conseguentemente, fu giudicato che queste leggi regolano l'ipoteca legale della moglie, determinando gli effetti della separazione personale per riguardo alla revoca dei beni ed altri utili consentiti a favore del coniuge contro il quale fu pronunziata la separazione.

Cass. Fr., 23 maggio 1883, D. P., 1883, 1, 381; Sir., 1883, 1, 397; *J. Pal.*, 1883, 1016; — Cass. Fr., 2 agosto 1880, D. P., 1880, 1, 377; Sir., 1882, 1, 401; *J. Pal.*, 1882, 1006, — e in sede di rinvio, Grenoble, 6 luglio 1882, *J. Pal.*, 1884, 1121; D. P., 1883, 2, 89; — Dall., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Lois*, n. 172-177; — Aubry e Rau, v. I, § 30, p. 70-71; — Huc, v. I, n. 81.

76. La legge francese del 19 febbraio 1889 ha stabilito che in caso di perimento o di distruzione della cosa gravata da ipoteca o privilegio, l'indennità per tal fatto dovuta è sostituita di pien diritto alla cosa stessa, riguardo all' esercizio del diritto del creditore ipotecario o privilegiato.

Questa legge, per applicazione dei principî esposti più sopra (n. 74), non regola i contratti ad essa anteriori, anche se la perdita della cosa sia avvenuta dopo la sua promulgazione.

Decidendo il contrario si attribuirebbe alla convenzione una conseguenza ch'essa non doveva produrre secondo la legge imperante la quale è stata stipulata.

L'articolo 1 della legge fa applicazione di questi principî, limitando la restrizione al privilegio del locatore, che essa stabilisce, agli affitti i quali non abbiano data certa all'epoca della sua promulgazione.

Sic DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Lois*, n. 167-168. — Cfr. AUBRY e RAU, n. I, § 30, p. 14. — V. *supra*, n. 71.

77. Una legge nuova sopprime una causa di surroga legale, ammessa dalla legislazione precedente: regolerà essa i contratti stipulati sotto di questa, se l' eventualità, in cui riguardo fu accordato il diritto di surroga, si verifichi mentre già vige la nuova legge? Per esempio: il codice civile sardo consentiva al creditore munito di un' ipoteca speciale la facoltà di essere surrogato nei diritti dal creditore che avesse un' ipoteca generale, e quest' ultimo otteneva il pagamento del proprio credito sull'immobile gravato dall'ipoteca speciale. All'epoca dell'annessione della Savoia alla Francia, questa causa di surroga rimase abolita per effetto della sostituzione, in quella provincia, del codice civile francese al codice civile sardo. Potrà nondimeno la detta causa essere invocata dai creditori, il cui titolo sia anteriore all'entrata in vigore del codice francese, se il creditore, avente un' ipoteca generale, fu soddisfatto soltanto dopo tal' epoca?

Crediamo di sì. Il diritto nel creditore ad essere eventualmente surrogato, nasce il giorno della stipulazione del contratto: da quel momento l'esistenza del diritto è certa. Una cosa sola rimane incerta, ed è il verificarsi dell'eventualità in considera-

zione della quale quel diritto venne concesso. Trattasi dunque di un effetto del contratto e deve essere regolato secondo la legge che governa quest'ultimo, cioè secondo la legge vigente all'epoca in cui la convenzione fu stipulata.

In realtà, la questione è sempre quella che esaminammo al numero precedente.

Sic DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Lois*, n. 169. — *Contra*: Chambéry, 25 marzo 1874, — e sul ricorso, Cass. Fr., 12 marzo 1878, D. P., 1878, 1, 273; *J. Pal.*, 1881, 150.

78. Alla stregua degli stessi principii, bisogna decidere che la legge francese del 5 gennaio 1883, la quale, modificando l'articolo 1734 del codice civile, ha sostituito alla responsabilità solidale dei conduttori, la loro responsabilità proporzionale, non ha effetto sulle locazioni ad essa posteriori.

Coll'articolo 1734, come colla legge del 5 gennaio 1883, il legislatore si è limitato a presumere la volontà delle parti: dappoichè queste possono derogare a tali disposizioni, è evidente che non può parlarsi di far regolare dalla legge nuova i contratti anteriori alla medesima. Non si potè sostenere il contrario senza disconoscere i più elementari principii del diritto; sicchè crediamo di non dover più oltre insistere sulla questione.

Sic Cass. Fr., 26 aprile 1892, D. P., 1892, 1, 548; *J. Pal.*, 1892, 1, 304; — Lyon, 5 marzo 1887, SIR., 1890, 2, 77; *Pasic. fr.*, 1890, I, 454; *J. Pal.*, 1890, 454; — Bordeaux, 31 dicembre 1884, SIR., 1885, 2, 62; D. P., 1885, 1, 338; — Nîmes, 15 marzo 1884, D. P., 1884, 2, 97; SIR., 1885, 2, 1, e le diverse sentenze ivi riferite; *J. Pal.*, 1885, 1, 79; — DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Lois*, n. 163 segg.; — FUZIER HERMAN, *Rép. de droit français*, v. *Bail*, n. 1730, segg. — *Contra*: Trib. Lyon, 9 gennaio 1884, D. P., 1884, 3, 104; SIR., 1885, 2, 2; *Pasic. fr.*, 1885, 1, 79; *J. Pal.*, 1885, 1, 79; — Bordeaux, 7 maggio 1884, SIR., e *Pasic. fr.*, idem; BATBIE, *Revue critique de législation*, 1884, pagina 738.

Se uno stesso immobile è posseduto da conduttori i cui contratti di locazione sono in parte anteriori, in parte posteriori alla legge nuova, e se, in questi ultimi, il locatore non ha posta la clausola della solidarietà, di guisa che, a norma delle convenzioni relative, taluni conduttori sono obbligati in solido ed altri no, si applicheranno le regole sui diritti del creditore, il

quale, avendo più debitori solidali, abbia rinunziato al beneficio della solidarietà rispetto ad alcuni di essi.

Sic DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Lois*, n. 166.

79. La legge belga del 16 agosto 1887 (art. 17) nega ogni azione pel pagamento delle bevande alcooliche consumate negli spacci di liquori; la legge belga del 18 agosto 1887 dichiara in parte incessibili i salarî degli operai, ordinando la nullità di qualsiasi stipulazione in contrario; la legge francese del 28 marzo 1885 abolisce l'eccezione di giuoco (art. 1965 c. c.) relativamente ai contratti a termine di effetti pubblici e simili e a quelli a consegna di merci e derrate.

In conformità ai principî esposti più sopra (n. 74), bisogna decidere che queste diverse leggi, anche considerate come di ordine pubblico, non regolano le convenzioni anteriori alla loro data.

Sic quanto alla legge del 16 agosto 1887, Liège, 13 aprile 1892, *Pasic.* 1892, II, 287; *Belg. jud.*, 1892, 665.

Sic quanto alla legge francese del 28 marzo 1885: Cass. Fr., 12 luglio 1888, D. P., 1889, I, 10; *J. Pal.*, 1891, 151; — 18 aprile 1887, D. P., 1887, 1, 153 e le note; SIR., 1887, I, 157; *J. Pal.*, 1887, 1, 373; — DALL. *Rép.*, *Suppl.*, v. *Lois*, n. 160 segg.; HUC, v. I, n. 74. — V. le sentenze in senso diverso riferite in D. P., 1885, 1, 121; SIR, 1886, 2, 1 e le note dei raccoglitori.

80. Ugual soluzione va data rispetto all'applicazione dell'articolo 4 della legge francese del 27 dicembre 1890, a termini del quale le parti non possono, nei contratti di locazione d'opera a tempo indeterminato, rinunciare anticipatamente al diritto eventuale di chiedere il risarcimento dei danni in caso di recesso intempestivo.

Questa legge non è applicabile ai contratti anteriori alla sua data; ma, per converso, regola le convenzioni rinnovate dopo che venne pubblicata. Ammettendo dunque che i contratti di locazione d'opera a tempo indeterminato si rinnovino incessantemente, la legge nuova divenne, dall' epoca della sua entrata in vigore, applicabile a tutti i contratti in corso.

Sic Orléans, 15 marzo 1893, SIR., 1893, 2, 207; *J. Pal.*, 1893, 2, 207; — Trib. comm. della Senna, 15 maggio 1891, SIR., 1892, 2, 123; *J. Pal.*, 1892,

2, 123. — Cfr. Cass. Fr., 20 marzo 1893, *J. Pal.*, 1893, 1, 232, Sir., 1893, 1, 232; — Dall., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Lois*, n. 182.

81. *In forza degli stessi principi, il trasferimento dei diritti reali è regolato dalla legge in vigore al momento in cui si verifica. Nondimeno il legislatore può, senza attribuire effetto retroattivo alla legge nuova, modificare le regole alle quali è soggetto l'esercizio dei diritti reali; per esempio, imporre a coloro che, prima della nuova legge, acquistarono diritti reali, di rendere pubblico tale acquisto: è però sempre necessaria una disposizione espressa in questo senso* (disposizione transitoria della legge ipotecaria belga del 16 dicembre 1851). I 217-220.

Dal punto di vista della retroattività delle leggi, la distinzione fra esercizio ed esistenza di un diritto è artificiale e fu immaginata in causa della falsa nozione della retroattività alla quale si attennero taluni scrittori (V. *supra*, n. 50, 59 e 74).

La conclusione trattane, che, cioè, la legge con cui si modifica per l'avvenire l'esercizio d'un diritto reale non retroagisce, mentre ha effetto retroattivo quella che modifica per l'avvenire l'esistenza di questo medesimo diritto, è, a nostro credere, erronea.

Diciamo che la distinzione è artificiale. Infatti, l'esercizio di un diritto, nel senso in cui va intesa qui questa espressione, è inseparabile dal diritto stesso, o meglio un diritto non esiste se non per essere esercitato. Dire che quindi innanzi un certo diritto non potrà più essere esercitato, equivale, in realtà, a sopprimerlo: limitarne l'esercizio, significa modificarne l'esistenza. Ne riscontriamo la prova nell'esempio citato nel testo. Prima della legge del 16 dicembre 1851, non occorreva che talune ipoteche fossero rese pubbliche: la legge fè obbligo ai titolari delle medesime di dar loro pubblicità, sotto comminatoria di decadenza in confronto ai terzi. Ecco una vera modificazione del diritto di questi creditori, i quali non possono conservarlo se non soddisfacendo ad una obbligazione che, precedentemente, non incombeva loro.

Nè la legge che modifica per l'avvenire l'esercizio del diritto, nè quella che ne immuta pel futuro l'esistenza retroagiscono: nessuna delle due, infatti, dispone pel passato.

Ma, appunto poichè la legge dispone soltanto per l'avvenire e non regola gli atti giuridici posteriori alla sua data, fa d'uopo che vi sia nella legge nuova un esplicito precetto, perchè essa possa modificare pel futuro l'esercizio dei diritti a sè anteriori, vale a dire l'effetto degli atti fatti sotto la legge antica (v. *supra*, n. 74).

Se la legge nuova dichiara inutile una formalità per permettere al titolare di un diritto reale di farlo valere contro i terzi, se, ad esempio, dispensa dalla formalità dell' iscrizione certe ipoteche che precedentemente dovevano essere inscritte, questa nuova legge si applicherà anche alle ipoteche anteriori, ma solo in quanto vengano opposte a terzi la cui ipoteca fu trascritta dopo la promulgazione della legge nuova. Non occorre una espressa disposizione nella nuova legge: avendo il terzo fatto trascrivere l' ipoteca sotto il suo impero, la trascrizione sarà regolata a norma di essa e non potrà attribuire prevalenza all'ipoteca relativa in confronto di un'altra la quale, alla data della trascrizione, era legalmente dispensata dall' iscrizione, o, in altri termini, in confronto di un' ipoteca rispetto a cui la « promulgazione della legge nuova equivale, quanto alla determinazione dell'ordine di preferenza, a un'iscrizione presa secondo la legge antica ».

Sic Grenoble, 6 luglio 1882, D. P., 1883, II, 89; SIR., 1884, 2, 209 e la nota; *J. Pal.*, 1884, 1121. — Cfr. Cass. Fr., 20 ottobre 1891, SIR., 1891, 1, 505; *J. Pal.*, 1891, 1246; D. P., 1892, 1, 57 e le note; — DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Lois*, n. 156, 170-171.

82. Quali sono le conseguenze di una legge nuova riguardo alle servitù stabilite sotto l'impero dell'antica?

Se la servitù risulta da una convenzione, non vi è difficoltà: si applicheranno le regole sulla retroattività, in quanto concerne gli effetti dei contratti. (V. *supra*, n. 74).

Ma sorge una grave controversia, allorchè si tratta di una servitù legale.

Essa va risolta colla rigorosa applicazione dei principî da noi esposti più sopra, ai nn. 50, 53, 69 e 74.

Se la servitù è acquisita al fondo dominante in forza della sola legge, indipendentemente dal fatto dell'uomo, come se consista nel divieto di piantare alberi a meno di una certa distanza,

il diritto del fondo dominante trova appoggio unicamente nella legge, e quindi, scomparendo questa, anche il diritto cesserà con lei.

Se la servitù, pur resultando dalla legge, non trova in questa soltanto la sua ragione d'essere, ma il diritto del fondo dominante è pur conseguenza del fatto dell'uomo, allora il solo scomparire dalla legge antica non toglierà ogni efficacia al diritto del fondo dominante. Siccome la legge nuova non dispone che per l'avvenire (art. 2), lascerà sussistere per l'avvenire il diritto, sorto nel passato pel fatto dell'uomo: tale sarebbe il caso in cui la servitù di scolo delle acque risultasse dalla circostanza che il fondo dominante è congiunto al serviente da canali, destinati a permettere lo scolo.

Nondimeno, questa conseguenza non si avvererà e il diritto del fondo dominante sarà posto nel nulla, se la legge nuova contenesse a questo riguardo una disposizione esplicita, se vietasse una tal specie di servitù o, in altri termini, come abbiamo detto più innanzi, se sopprimesse la materia giuridica su cui l'uomo ha agito, se abolisse l'istituto giuridico sul quale si è esercitato il fatto dell'uomo. Accadrebbe così, se la legge nuova dichiarasse non poter esistere una servitù consistente nella facoltà di piantar alberi a una distanza minore da quella determinata.

Sic Cass. Fr., 29 luglio 1889, D. P., 1890, 1, 109; Sir., 1889, 1, 377; *J. Pal.*, 1889, 921; — Orléans, 20 dicembre 1889, D. P., 1890, 5, 327; *J. Pal.*, 1890, 702; — Cass. Fr., 18 febbraio 1884, Sir., 1885, 1, 205, e le conclusioni dell'avvocato generale Petiton; *J. Pal.*, 1885, 501; — Caen, 25 febbraio 1883, D. P., 1884, 2, 215; Sir., 1886, 2, 29; *J. Pal.*, 1886, 205. — Cfr. Laurent, v. VII, n. 458; v. VIII, n. 119; — Huc, v. I, n. 70 e 71.

Contra: Aubry e Rau, v. I, § 30, nota 41, p. 69; v. III, § 238, nota 9 segg., pagine 3 e 4.

83. *La risoluzione di un contratto è un effetto contrattuale. La legge in vigore al tempo in cui venne stipulata la convenzione determina quindi i casi di scioglimento di questa. Conseguentemente, per sapere se la morte dell'usufruttuario implichi la risoluzione delle locazioni da lui consentite, bisogna riferirsi alla legge sotto il cui impero l'usufrutto fu creato e colla quale venne fissata l'estensione dei diritti dell'usufruttuario. Così pure, è la legge vigente all'epoca in cui ebbe luogo la sti-*

I 220-225.

pulazione dei contratti, che regola i casi nei quali il conduttore può essere espulso, o il creditore della rendita può pretendere il rimborso del capitale mutuato, ovvero una donazione può essere revocata.

V. *supra*, n. 74; — DALL., *Rép., Suppl.*, v. *Lois*, n. 180-181; AUBRY e RAU, v. I, § 30, p. 72 e 73, nota 51.

I, 226. **84.** *Per applicazione degli stessi principi, bisogna decidere che l'articolo 1912 del codice civile non è applicabile alle rendite costituite antecedentemente alla sua pubblicazione.*

La questione è controversa tuttora: poco addietro, la Corte d'appello di Liegi ha giudicato che, se il titolo costitutivo della rendita non previde nulla relativamente al riscatto, deve presumersi che le parti, contrattando per un tempo indeterminato, abbiano voluto riferirsi alla legge in vigore all'epoca in cui il riscatto potrebbe verificarsi. La Corte ne conclude che, in questo caso, l'articolo 1912 è applicabile alle rendite antiche.

Ma l'argomento non regge, poichè viene a stabilire una distinzione antigiuridica fra gli effetti delle clausole tacite e quelli delle clausole espresse dei contratti. (V. *supra*, n. 74).

Come insegna il testo, siccome le parti possono anche oggidì derogare all'articolo 1912 del codice, non vi ha ragione di modificare, in forza di questa disposizione, le convenzioni stipulate sotto l'antico diritto. Bisogna ammettere che, in queste, le parti si siano tacitamente riferite alla legge in vigore a quel tempo, appunto perchè non hanno dichiarato che il debitore della rendita sarebbe decaduto dal beneficio del termine, qualora non soddisfacesse per due anni alle proprie obbligazioni.

Sic Trib. Vannes sotto Rennes, 23 agosto 1879, D. P., 1881, 2, 158; SIR., 1880, 2, 108; *J. Pal.*, 1880, 797; AUBRY e RAU, v. I, § 30, p. 73, nota 53; HUC, v. I, n. 75; — DALL., *Rép., Supp.*, v. *Lois*, n. 181.

Contra: Trib. Liège, *Pand. pér.*, 1891, n. 311, e sull'appello, Liège, 27 maggio 1891, *Pand. pér.*, 1891, n. 963; *Pasic.*, 1891, II, 342.

I, 227, 228. **85.** *Il modo di esecuzione dei contratti è regolato dalla legge in vigore all'epoca in cui si procede all'esecuzione. Questo principio si applica in maniera assoluta all'arresto personale.*

Sic AUBRY e RAU, v. I, § 30, note 26-27, p. 65; — DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Lois*, n. 217 segg.

Questa soluzione, relativamente all'arresto personale, è controvertibile.

L'arresto è, a dir vero, un mezzo di esecuzione sulla persona del debitore, come l'espropriazione forzata è un mezzo di esecuzione sui beni, e non vi ha dubbio che, come tale, sia regolato dalla legge in vigore al tempo in cui vi si procede.

Ma da ciò non consegue necessariamente, come ritengono il Laurent e gli scrittori citati, che, se taluno abbia contrattato in epoca in cui la legge non ammette l'arresto personale e chiegga poi l'adempimento del contratto dopo che una legge nuova lo ha stabilito, possa ricorrere a questo mezzo esecutivo.

Si potrebbe osservare che, come la esecuzione forzata sui beni del debitore si fonda sulla considerazione che questi costituiscono il pegno dei creditori, così l'arresto personale è basato sulla circostanza che, al momento del contratto, il debitore vincolò la propria persona insieme ai beni per l'adempimento dell'obbligazione: per questo motivo, sotto le antiche leggi che ammettevano l'arresto personale senza limiti di sorta, i creditori avevano, in certi casi, il diritto di vendere il debitore come schiavo.

Se è vero questo carattere dell'arresto personale (l'esaminar ciò eccederebbe il nostro compito), certamente la tesi formulata nel testo deve essere rigettata.

Infatti, se, al tempo in cui la convenzione fu stipulata, la legge non consente che il debitore garantisca con la propria persona l'adempimento dell'obbligazione, il creditore non ha alcun diritto sulla persona del suo contraente, ma soltanto sui beni, e perciò potrà agire esecutivamente su questi ultimi, ma non su quella. Col riconoscergli, in forza della legge nuova, la facoltà di esecutare la persona, si violerebbe l'articolo 2, poichè si verrebbe a far regolare dalla nuova legge gli effetti di una convenzione anteriore alla medesima (*supra*, n. 74). La tesi che combattiamo confonderebbe l'esercizio dell'arresto personale, vale a dire l'intervento dello Stato per consentire al creditore di far sequestrare la persona del debitore, col diritto, implicito nell'esercizio medesimo, su questa persona, diritto che la legge nuova non può certo attribuire al creditore.

Se il legislatore abolisce l'arresto personale, non tollerando più che alcuno possegga un diritto sul corpo altrui, la nuova legge regolerà, per l'avvenire, i contratti anteriori alla sua data. Questo non già perchè si tratti di un mezzo d'esecuzione, ma pel motivo che l'istituto giuridico, consistente nel diritto di una persona sopra un'altra e che si esercita mediante l'arresto personale, è stato soppresso. Il Laurent lo dichiara esplicitamente nel testo. (V. *supra*, nn. 50 e 69).

Applicando questo principio, l'articolo 8 della legge belga 27 luglio 1871 abolitiva dell'arresto personale, stabilisce: « All'infuori delle eccezioni prevedute dai precedenti articoli, le sentenze già pronunciate non potranno più essere eseguite nella parte che concerne l'arresto personale: le esecuzioni iniziate verranno abbandonate e i debitori detenuti dovranno immediatamente essere rimessi in libertà ». (Nello stesso senso, art. 19 della legge francese 22 luglio 1867).

I, 230. **86.** *Un diritto non esiste se non in quanto possa essere provato; modificare la prova equivale a modificare il diritto: perciò la prova è regolata secondo la legge in rigore all'epoca in cui il diritto è sorto.*

Il principio è assoluto e si applica, sia che la legge nuova ammetta un mezzo probatorio non riconosciuto dall'antica, sia che ne abolisca uno da quest'ultima consacrato.

Qualunque convenzione produce l'effetto di attribuire alle parti il diritto di provare l'estensione dei diritti e delle obbligazioni che dalla medesima resultano a favor loro. Ora, gli effetti dei contratti sono governati esclusivamente dalla legge sotto il cui impero vennero formati (v. *supra*, n. 74); perciò, soltanto la legge in vigore al tempo della conclusione del contratto determinerà le prove alle quali possono ricorrere gl'interessati.

Invano si osserva (Aubry e Rau, vol. I, § 30, nota 66) che il debitore non ha quesito il diritto a prevalersi della circostanza che la legge antica lo tutela contro l'azione del creditore, e che, conseguentemente, costui può ricorrere ad un mezzo probatorio introdotto da una legge nuova.

Non si tratta di vedere se il debitore abbia un tal diritto, ma sibbene di esaminare se esista un debitore e un creditore. Sarebbe assai pericoloso applicare la nuova legge a diritti sorti prima della sua promulgazione: si farebbe derivare la prova dell'esistenza del diritto da fatti i quali, al momento in cui si compierono, non producevano tale effetto e non avrebbero potuto avverarsi, se i loro autori avessero conosciute le conseguenze giuridiche a quelli attribuiti dalla legge nuova e non avessero voluto che tali conseguenze si verificassero; peggio ancora, si farebbero regolare dalla nuova legge gli effetti d'una convenzione anteriore alla sua data, poichè, come vedemmo testè, il diritto alla prova di una convenzione è un effetto di questa.

Sic Cass. Fr., 26 giugno 1889, Sir., 1893, 1, 525; *J. Pal.* 1893, 1, 525; D. P., 1891, 1. 129 che considera la specie trattata nella nota; — Bordeaux, 21 dicembre 1886, D. P., 1887, 2, 163; — Chambéry, 7 febbraio 1885, *J. Pal.*, 1886, p. 1214 e nota; D. P., 1885. 2, 241: queste tre decisioni sono rese tutte sopra questioni di stato; — Cass. Fr., 7 luglio 1874, D. P., 1876, 1, 430 (concernente la prova d'una servitù). — Dall., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Lois*, n. 157; — Huc, v. I, n. 82; — Aubry e Rau, v. I, § 30, nota 65, p. 65, ammettono il principio, ma accolgono pure (nota 66) la distinzione combattuta qui sopra.

87. *Le modalità stabilite per somministrare in giudizio una prova e le forme del procedimento, sono esclusivamente regolate dalla legge in vigore al momento in cui deve fornirsi la prova o compiersi l'atto di procedura.* I, 231.

Per quanto riflette le leggi di procedura, non vi ha discussione.

È invece viva la controversia relativamente all'effetto delle leggi nuove sulla competenza.

Le difficoltà derivano dall'avere introdotto, per interpretare l'articolo 2, la erronea nozione della retroattività combinata colla concezione nebulosa dei diritti quesiti.

Come abbiamo già rilevato (*supra*, nn. 50, 53, 69 e 74), bisogna attenersi strettamente alla lettera dell'articolo 2, facendo debito calcolo della natura dell'atto cui tale disposizione deve essere applicata.

Il modo di somministrare le prove in giudizio, le forme della procedura, la competenza dei tribunali sono esclusivamente

creazioni della legge, nella quale soltanto trovano la ragione della loro esistenza.

Ora, a termini dell'articolo 2, la legge non dispone pel passato: perciò tutte le prove regolarmente fornite prima della legge nuova, gli atti di procedura legalmente fatti, la competenza dei tribunali definitivamente stabilita conserveranno la loro piena efficacia.

Secondo lo stesso articolo, la legge dispone per l'avvenire: essa regolerà dunque le modalità delle prove che dovranno essere fornite dopo la sua entrata in vigore, le forme degli atti di procedura posteriori alla medesima e la competenza dei tribunali che non sia stata ancora stabilita in modo definitivo.

Può darsi che una procedura comprenda più atti successivi e che sia espletata solo parzialmente all'epoca in cui sopraggiunge la legge nuova: la parte non ancora eseguita sarà regolata da questa.

Se si trovano iniziate liti al momento in cui vien pubblicata la nuova legge sulla competenza, spiegherà questa effetto sulle liti medesime?

La risposta dipende dal sapere qual tempo si debba considerare per riconoscere la competenza di un tribunale. In generale si ammette che, per decidere se un magistrato fu validamente investito di una controversia, bisogna riportarsi all' epoca in cui venne spiccata la citazione.

Gli è dunque soltanto la legge vigente in quel giorno che determinerà la competenza. Che più tardi e prima della decisione definitiva, la legge sia stata modificata, non importa affatto. In verità, quando la legge nuova è intervenuta, la competenza del tribunale trovavasi già regolata; per conseguenza la legge nuova non ha alcuna influenza su di essa, poichè non può disporre pel passato.

Invano si dirà che la controversia relativa alla competenza è sorta sotto la legge nuova: non si tratta di sapere quando fu sollevata l'eccezione, ma di determinare l'epoca da considerarsi per giudicarne.

Si osserva pure: se il legislatore introduce una legge nuova, ciò accade perchè l'antica era cattiva; ora, un litigante non può avere un diritto quesito all'applicazione di una legge cattiva.

L'argomento è vero senza dubbio, ma non fa al caso nostro. Non si tratta mica, infatti, di applicare una legge abrogata: l'applicazione della legge precedente è già seguìta, la competenza fissata e pretendendo di determinare questa alla stregua della legge nuova si verrebbe ad annullare una procedura regolarmente introdotta, ad ammettere che, per effetto d'una finzione, la legge nuova esisteva già quando la procedura stessa venne iniziata. Una finzione simile non avrebbe verun fondamento, e non è lecito, senza una disposizione espressa, attribuire al legislatore la volontà di consacrarla.

Perciò i fautori di questo sistema sono fra loro divisi, e per ridurre gli inconvenienti della finzione, la giurisprudenza francese ha finito col decidere che la legge nuova non rende incompetenti i tribunali regolarmente investiti della procedura sotto l'antica, se sia stata pronunciata una sentenza in merito, fosse pure soggetta ad appello. Questa distinzione, non suffragata da alcun motivo toltene le difficoltà alle quali dà luogo l'erronea teorica donde ebbe origine, dimostra la fallacia della tesi che combattiamo.

Gli articoli 24 e 25 della legge belga 25 marzo 1841, 55 della legge belga 25 marzo 1876 sulla competenza e l'articolo 1041 del codice di procedura civile consacrano la nostra opinione.

È certo, nondimeno, che la regola non sarebbe applicabile qualora venisse abolito l'istituto processuale, necessario perchè possa essere mantenuta l'applicazione della legge antica. Così accadrebbe se la nuova legge non si limitasse a modificare le regole della competenza, ma sopprimesse addirittura il tribunale. Sorge allora una situazione analoga a quella che si crea, quando la legge nuova abolisce una determinata specie di diritti privati (V. *supra*, nn. 50, 53 e 69).

Sic Bruxelles, 31 dicembre 1887, *Pasic.*, 1888, II, 285; *J. Trib.*, 1888, 627: — BORMANS, *Competence en matière contentieuse*, v. II, n. 1032-1033; AUBRY e RAU, § 30, nota 15; — FUZIER-HERMAN, *Rép. de dr. franc.*, v. *Compétence civ. et comm.*, n. 19-20 sgg., 26 sgg. (questo scrittore professa, senza però darne i motivi, una teoria opposta in tema di competenza penale).

Contra: Cons. di Stato, 27 febbraio 1885, D. P., 1886, 3, 86; — Cass. Fr., 18 febbraio 1882, SIR., 1882, 1, 185; *J. Pal.*, 1882, 1, 420; D. P., 1882, 1, 135 e le note; — Cass. Fr., 17 marzo 1883, D. P., 1883, 1, 141; — Riom, 27 dicembre 1881, D. P., 1883, 2, 191; *J. Pal.*, 1882, 459; — Cass. Fr., 11

dicembre 1873, SIR., 1874, 1, 401; *J. Pal.*. 1874, 972; D. P., 1874, 1, 181; — Cass. Fr., 10 gennaio 1873, SIR., 1873, 1, 428; *Pasic. fr.*, 1873, I, 1023; D. P., 1874, 5, 310; — Cass. Fr., 7 luglio 1871, SIR., 1871, 1, 85; *J. Pal.*, 1871, 220; D. P., 1871, 1, 263; — FUZIER-HERMAN, *Rép. de dr. fr.*, v. *Compétence criminelle*, n. 16 segg.; — DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Lois*, n. 208.

L'applicazione di una legge nuova, in materia di procedura o di competenza, ai fatti anteriori alla sua data, è ammessa dalle autorità sopra citate, alle quali possono aggiungersi: Bruxelles, 21 novembre 1883, *Pasic.*, 1884, II, 94, *J. Trib.*, 1884, 131; *Belg. jud.*, 1884, 609; — Gand, 8 giugno 1889, *Belg. jud.*, 1889, 1226; — DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Lois*, n. 199 e seg.; — AUBRY e RAU, v. I, § 30, nota 18.

I 232-234

88. *La legge nuova non spiega effetto relativamente alle prescrizioni già compiute, ma regola quelle in corso all'epoca della sua entrata in vigore.*

La prescrizione è un mezzo, creato dalla legge « con cui, col decorso del tempo, e sotto condizioni determinate, taluno acquista un diritto o è liberato da un'obbligazione » (art. 2219 cod. civ.). Essa non esiste dunque, se non in quanto sia compiuta, e sarà quindi regolata esclusivamente dalla legge che vige in quest'ultimo momento (v. *supra*, n. 69). Qualche difficoltà sorta in argomento è dipesa dall'essersi perduta di vista questa duplice circostanza, che la prescrizione non è altro che un mezzo d'acquisto o di liberazione, e che non sorge se non quando sia compiuta.

Perciò la legge nuova governa la prescrizione che si compia sotto il suo impero, come regolerebbe i contratti di vendita stipulati dopo che venne pubblicata, siano o no anteriori a questa data i diritti che trattasi di prescrivere e di acquistare.

Se la legge nuova riducesse il tempo necessario a prescrivere, che si dovrebbe decidere rispetto alle prescrizioni in corso?

Siccome la legge dispone per l'avvenire e non regola il passato, la prescrizione sarà compiuta quando sarà decorso il termine stabilito dalla legge nuova e calcolato dalla pubblicazione di quest'ultima.

Può accadere che prima del decorrimento di detto termine, ma mentre già la legge nuova è in vigore, la condizione di durata prescritta dalla legge antica per conseguire la prescrizione sia soddisfatta, tenendo conto del tempo decorso prima della legge nuova. Anche in questo caso bisogna ritenere la

prescrizione compiuta: infatti, la nuova legge, limitandosi a ridurre il tempo necessario a prescrivere, non volle certo impedire che, dopo la sua pubblicazione, la prescrizione potesse compiersi nel termine più lungo stabilito dalla legge precedente. (Cfr. *supra*, n. 51).

Decidono che la prescrizione stabilita dalla legge nuova si applica a fatti anteriori alla medesima, ma il termine decorre dalla pubblicazione di essa: Charleroi, 30 novembre 1881, *Pasic.*, 1882, III, 211; Charleroi, 23 marzo 1885, *Pasic.*, 1885, III, 207 e la nota; — AUBRY e RAU, v. I, § 40, p. 69 e nota 42.

Contra: Louvain, 20 dicembre 1879, *Pasic.*, 1881, III, 40; — Charleroi, 1 dicembre 1879, *Pasic.*, 1881, III, 5; — Trib. Bruxelles, 7 luglio 1883, *Pasic.*, 1883, III, 319.

Sull'estensione dell'articolo 2281 cod. civ., v. *infra*, LAURENT, v. XXXII, n. 608.

89. *Le successioni sono esclusivamente regolate dalla legge sotto l'impero della quale si sono aperte. Questa legge sola determina chi sia capace o incapace di raccogliere l'eredità. Il testatore deve avere la capacità di diritto e di fatto secondo la legge in vigore all'epoca della testamentifazione, oltre la capacità giuridica richiesta dalla legge imperante al tempo della morte.*

I 235-242

L'istituzione contrattuale, al pari degli altri contratti, è regolata dalla legge sotto il cui impero è stata fatta.

I diritti sui beni abbandonati dal defunto sono esclusivamente di creazione legislativa: questi beni sarebbero, in realtà, senza padrone, ed è soltanto la legge che stabilisce i diritti resultanti per ciascuno, sia dalla disposizione testamentaria del *de cuius*, sia dalla sua condizione famigliare. Ne segue che, conformemente ai sopraesposti principî (*supra*, n. 50, 53, 69 e 74), i diritti in parola sono regolati dalla legge in vigore al momento in cui si apre la successione; che questa soltanto determina la capacità del legatario (LAURENT, v. XI, n. 382 e seg.), e che una legge nuova non produce effetti di sorta sopra una successione aperta prima della sua pubblicazione.

Il testatore deve avere la capacità di diritto e di fatto richiesta dalla legge sotto il cui impero ha disposto, perchè la legge nuova volle, non solo che il testamento fosse valido all'epoca della morte, ma altresì che fosse stato fatto validamente (LAURENT, v. XI, n. 379).

Sic Cass. Fr., 22 gennaio 1883, D. P., 1883, 1, 147; *J. Pal.* 1884, 38; — Trib. Boulogne-sur-Mer, 31 marzo 1892, D. P., 1892, 2, 232; *J. Pal.*, 1892, 2, 222 (relativa alla pubblicazione della legge francese 9 marzo 1891 che modifica i diritti del coniuge superstite sull'eredità del predefunto); — DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Lois*, n. 189-193; — AUBRY e RAU, v. I, § 30, p. 69.

90. Quando un legato è fatto sotto condizione o con onere, può accadere che la condizione o l'onere, adempibili al tempo della morte, siano dalla legge vietati all'epoca in cui dovrebbero essere eseguiti. L'influenza di questo mutamento di legislazione dipende dalla soluzione data alla controversia, se la nullità della condizione implichi sempre la nullità del legato e sarà esaminata insieme alla medesima.

I, 243

91. *Applicando gli esposti principi, bisogna ritenere che la legge vigente all'epoca della morte determina quali donazioni siano soggette a collazione. Se la legge conserva al donante il diritto di dispensare il donatario dalla collazione, la dispensa eventualmente concessa non sarà revocata: si presumerà che il donante abbia accordato tale dispensa se ha fatta la donazione, per atto tra vivi, sotto l'impero di una legge che non obbliga alla collazione.*

La distinzione fra atto *inter vivos* e atto testamentario dipende da ciò che i diritti del legatario sono regolati esclusivamente dalla legge in vigore all'epoca della morte. (*Supra*, num. 89).

Sic Cass. Fr., 16 marzo 1880, D. P., 1880, 1, 201 e la nota; *J. Pal.*, 1882, 402; — AUBRY e RAU, v. I, § 30, note 58-61, p. 75 segg.; — DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Lois*, n. 194.

I 244-249

92. *Si deve pure decidere che soltanto la legge imperante al tempo dell'apertura dell'eredità stabilisce l'ammontare della porzione legittima e le riduzioni che dovranno subire i legati e le donazioni* inter vivos.

Questa soluzione, ammessa quanto ai legati, è generalmente respinta per ciò che riflette le donazioni tra vivi.

Si osserva che le riduzioni applicabili a queste ultime sono determinate dalla legge sotto l'impero della quale la donazione

fu fatta, eccettuato soltanto il caso in cui la legge vigente al tempo della morte sia più favorevole al donatario che non l'anteriore.

Come bene rileva il Laurent, questa eccezione che elimina, senza motivo, una conseguenza necessaria della tesi da lui combattuta, dimostra come questa sia antigiuridica e prova che i fautori dell'avversario parere hanno dimenticato, da un canto, che qualsivoglia donazione è soggetta alla condizione risolutiva, dipendente dall'eventuale riducibilità all'epoca della morte del donante; dall'altro che gli effetti prodotti dalla morte sui beni del defunto, sono esclusivamente regolati dalla legge in vigore allorquando si verifica. (*Infra*, n. 89).

Contra: AUBRY e RAU, v. I, § 30, note 62-64, p. 77-78; — DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Lois*, n. 195-196.

CAPO V.

DELL'APPLICAZIONE DELLE LEGGI

I 250-257

93. *Soltanto il giudice ha facoltà di dirimere le controversie sorgenti dal conflitto dei privati interessi: per conseguenza egli non può rifiutarsi di giudicare sotto pretesto di silenzio, oscurità o difetto della legge* (art. 4 cod. civ.).

Il giudice deve pertanto risolvere qualsiasi litigio portato direttamente alla sua cognizione; ma può riservare ogni decisione relativa a difficoltà che non dipendono dalla questione a lui sottoposta.

Sul primo punto, Cass. Fr., 30 gennaio 1889, SIR., 1891, 1, 339; *J. Pal.*, 1891, 806; — sul secondo; Cass. Fr., 15 luglio 1873, SIR., 1874, 1, 170; *Pasic.*, *fr.*, 1874, 1, 412; D. P., 1874, 1, 262; — *Pand. belges*, v. *Abstention du juge*, n. 5; *Conclusions*, n. 389.

I 258-267

94. *Il giudice non può arrogarsi la parte di legislatore e deve quindi astenersi dallo statuire, con disposizione generale e regolamentare, sulle cause che gli vengono sottoposte* (art. 5 cod. civ.). *Perciò gli è vietato, se anche si trovi investito d'una domanda relativa a un fatto compiuto, di estendere la sua*

pronunzia al futuro, e, a maggior ragione, di comminare una sanzione qualsiasi pel caso in cui venisse violata una proibizione da lui fatta per l'avvenire.

I motivi che hanno suggerito l'articolo 5 ne precisano i limiti. La disposizione fu inserita nel codice perchè gli autori di questo vollero impedire che il giudice si erigesse a legislatore; per conseguenza, dovettero vietargli di statuire in via di disposizione generale e di regolamento, vale a dire di fare la legge.

Il giudice non viola quindi l'articolo 5 riferendosi alla giurisprudenza precedente.

Può altresì, nonostante l'articolo 5, pronunziare fra le parti che gli hanno sottoposta la loro controversia, nel qual caso statuirà per l'avvenire, giacchè la sua decisione potrà acquistare l'efficacia della cosa giudicata.

Gli è pure consentito di emanare regolamenti relativi alla tenuta delle sue udienze: questi però non potranno creare nuove norme di procedura, nè costituire eccezioni d'inammissibilità.

Potrà sanzionare la propria decisione, comminando danni-interessi a carico della parte che contravvenisse a quanto egli ebbe a statuire? La questione ne sembra estranea all'articolo 5, perchè, anche quando il giudice pronunzia in tal senso, non può dirsi che compia atto da legislatore.

Decidono: che il giudice può riferirsi alla sua ordinaria giurisprudenza: Cass. Fr., 11 marzo 1884, *J. Pal.*, 1884, 694; Sir., 1884, 1, 288 e la nota.

Che può fissare la estensione dei diritti risultanti, per le parti in causa, dallo stato della controversia portata alla sua cognizione: Cass. Fr., 24 novembre 1873, D. P., 1874, 1, 125; *J. Pal.*, 1874, 54; — Cass. Fr., 1 febbraio 1882, D. P., 1882, 1, 113; *J. Pal.*, 1883, 494; Sir., 1883, 1, 201; — Cass. Fr., 11 novembre 1884, *J. Pal.* 1885, 1081; Sir., 1885, 1, 51.

Decidono che i regolamenti stabiliti dai tribunali non possono costituire regole di procedura: Cass. Fr., 1 marzo 1883 e la requisitoria dell'avvocato generale Desjardins, *J. Pal.*, 1883, 634; Sir., 1883, 1, 265; D. P, 1883, 1, 441; — Lyon, 1 marzo 1877, *J. Pal.*, 1878, 207; D. P., 1879, 2, 204. — V. *Pand. belges*, v. *Application de la loi*, n. 22.

Decidono che il giudice può sanzionare la propria decisione mediante una clausola penale: Cass. Fr., 13 dicembre 1886, *J. Pal.*, 1887, 406; *Pand., fr.*, 1887, 424; Cass., Fr., 28 dicembre 1886, *J. Pal.*, 1887, 1, 266; Sir., 1887, 1, 112 (nota e rinvio); — Cass. Fr., 7 novembre 1888, Sir., 1899, 1, 457; *J. Pal.*, 1890, I, 1097 e nota; Cass. fr., 11 novembre 1884, *J. Pal.*, 1885, 1081; — Cass., Fr., 11 novembre 1872, Sir., 1872, 1, 428: *Pasic. fr.*, 1872, II, 1135: D. P., 1872, 1, 445.

Contra: Bruxelles, 5 agosto 1880, *Pasic.*, 1880, II, 319; *Belg. jud.*, 1880, 1121: SIR., 1881, 4, 1: *Pasic. fr.*, 1881, II, 1 — e sul ricorso Cass. B., 19 gennaio 1881, *Pasic.*, 1882, I, 36; *J. Pal.*, 1882, II, 34; SIR., 1882, 4, 19; — HUC, v. I, n. 185. — V. *infra*, LAURENT, v. XVI, n. 399 segg.

CAPO VI.

DELL' INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE

95. *Il codice civile non dà alcuna norma riguardo all' interpretazione delle leggi. Questa può essere dottrinale, cioè fatta dalla dottrina e dalla giurisprudenza, ovvero autentica, vale a dire opera del legislatore.* I 268-286

Le forme dell' interpretazione autentica sono stabilite nel Belgio dalla legge del 7 luglio 1865.

LIBRO PRIMO

DELLE PERSONE.

DELLE PERSONE CIVILI.

96. *Ogni uomo è una persona.* I, 287

§ 1. QUALI SIANO I CORPI E GLI ISTITUTI CHE GODONO DELLA PERSONALITÀ CIVILE.

97. *Al solo legislatore si appartiene di conferire diritti a enti diversi dalle persone reali, creando così ciò che comunemente vien chiamato persona civile.* I, 288

Ma queste creazioni della legge non sono vere persone, nè il codice applica loro tal nome.

98. *Lo Stato, le provincie, i comuni, gli istituti pubblici, come ospizi, uffici di beneficenza, fabbricerie, seminari, sono persone civili; non però i vescovadi.* I 289-291

Sic su quest'ultimo punto: Liège, 20 luglio 1880, *Pasic.*, 1881, II, 12; *Belg. jud.*, 1880, 1105; SIR., 1882, 4 1; D. P., 1881, 2, 41 e le note.

In Francia, si distingue secondo che il vescovo agisca come rappresentante la mensa episcopale o in nome della sua diocesi.

Nel primo caso, invocando il titolo II del decreto 5-6 novembre 1813, gli articoli 1 e 3 dell'ordinanza 2 aprile 1817, si ritiene che goda della personalità civile. La seconda ipotesi dà luogo a controversia: sembra prevalente la soluzione negativa.

Trattandosi di una questione di diritto pubblico non crediamo di dovere insistervi più a lungo.

V. DALL., *Rép., Suppl.*, v. *Culte*, n. 308 segg.; — Rouen, 28 dicembre 1887, SIR., 1892, 1, 25.

I 297-298 **99.** *Le congregazioni ospitaliere possono ottenere dal governo la personalità civile, solo però in quanto abbiano per iscopo la cura gratuita degli infermi.*

Le associazioni formate a sensi dell'articolo 10 della Costituzione non godono della personalità civile.

§ 2. DIRITTI DELLE PERSONE CIVILI.

I 299-303 **100.** *Così impropriamente si chiamano i mezzi accordati dal legislatore alle persone civili per metterle in grado di adempiere alla funzione sociale di cui le ha investite.*

Esse possiedono senza avere il diritto di proprietà, poichè i loro beni si trovano affetti al pubblico servizio cui sono destinati.

Possono contrattare, ma limitatamente e coi vincoli portati dalle regole della loro istituzione.

I 304-305 **101.** *Non hanno azione se non per quanto riflette il pubblico servizio di cui sono incaricate.*

Questo punto è vivamente controverso in Francia. Secondo taluni scrittori, la persona giuridica, una volta costituita regolarmente, è equiparata in tutto ad una persona fisica e quindi gode dei diritti, compatibili coll'indole sua, che non le siano stati in modo espresso negati dal legislatore.

La giurisprudenza francese e belga è conforme alla dottrina del Laurent.

Sic. Cass. B., 7 aprile 1881, *Pasic.*, 1882, I, 139; *Belg. jud.*, 1881, 1139; SIR., 1882, 4, 36; — Parigi, 18 aprile 1889; SIR., 1891, 2, 206; *J. Pal.* 1891, 1319; — Grenoble, 18 aprile 1889, SIR., 1891, 2, 145; *J. Pal.*, 1891, 857. — In nota a queste due ultime sentenze si trovano riferite le autorità in diverso senso.

I 306-307 **102.** *Le cosiddette persone civili non hanno esistenza all'infuori dello Stato in cui vennero istituite; non hanno personalità e quindi neppure statuto personale.*

In questo senso fu giudicato che le persone giuridiche straniere non hanno esistenza e non possono agire in giudizio col mezzo dei loro rappresentanti o mandatarî oltre i limiti dello Stato in cui sono riconosciute, particolarmente in Italia. Accade così in ispecie delle congregazioni religiose.

Cass. Roma, 10 luglio 1889, SIR., 1891, 4, 5 e la nota; *J. Pal.*, 1891, 2, 7. — *Contra*: Cass. B., 12 aprile 1888, *Pasic.*, 1888, 1, 186, che decide avere le persone giuridiche uno stato e una capacità ai quali si applica l'art. 3 § 3, del cod. civ.; — Gand, 23 luglio 1887, *Pasic.*, 1887, II, 400; *Belg. jud.* 1887, 1145; — Trib. Courtrai, 30 luglio 1890, *Pasic.*, 1892, III, 197 e la nota; — DALL., *Rép.*. *Suppl.*, v. *Lois*, n. 431. — Cfr. HUC, I, n. 444.

108. *La questione, assai controversa, se le società anonime straniere possano godere della personalità giuridica, fu risoluta nel Belgio dalla legge 14 marzo 1855.* I, 308

Questa materia è attualmente regolata nel Belgio dalla legge 18 maggio 1873 sulle società, a termini della quale: « Le società anonime e le altre associazioni commerciali, industriali o finanziarie costituite e aventi sede in paese straniero, potranno compiere le loro operazioni e stare in giudizio nel Belgio (art. 128). »

L'articolo 130 della legge stessa rende applicabile alle società estere, che istituissero nel Belgio una succursale o una sede qualsiasi, diverse disposizioni della legge belga.

Secondo l'articolo 129, qualunque società avente nel Belgio il suo principale stabilimento è soggetta alla legge belga, sebbene l'atto costitutivo sia stato stipulato all'estero.

Deve ritenersi avere il suo stabilimento principale nel Belgio sebbene sia stata costituita in paese straniero, secondo le formalità prescritte dalla legge del luogo e fra stranieri, se ha la sede d'operazione e concentra la propria vita industriale e commerciale nel Belgio.

Così è a dire specialmente d'una società anonima, costituita a Parigi, secondo le forme prescritte dalla legge francese e fra cittadini francesi, per l'illuminazione a gas d'una città belga.

Non ha alcuna influenza il fatto che, secondo lo statuto, la sede della società e il luogo di riunione dell'assemblea generale e del consiglio d'amministrazione siano stabiliti a Parigi.

Sic Gand, 18 febbraio 1888, *Pasic.*, 1888, II, 303; *Belg. jud.*, 1888, 1308.

I 309-311 **104.** *Le regole esposte qui sopra non comportano alcuna eccezione rispetto alle cosidette persone giuridiche* necessarie, *le quali difettano anch'esse di personalità e di statuto personale. Bisogna però riconoscere ch'esse hanno diritto di stare in giudizio all'estero.*

È stato deciso esistere una differenza essenziale fra le persone giuridiche private e le politiche. Queste debbono, al pari dello Stato straniero di cui costituiscono una parte, essere ammesse a stare in giudizio nel Belgio.

Bruxelles, 23 gennaio 1882, *Pasic.*, 1882, II, 160; *J. Trib.*, 1882, 224; nello stesso senso, Trib. Bruges, 20 maggio 1895, *Pasic.*, 1895, III, 243. — Cfr. LAURENT, *Dir. civ. intern.* v. IV, n. 126 e 143 e le autorità citate *supra*, n. 102.

§ 3. SOPPRESSIONE DELLE PERSONE CIVILI.

I 312-316 **105.** *La legge può sopprimere le persone civili e, in linea di principio, essa sola ha diritto di farlo. I beni delle persone civili soppresse appartengono allo Stato.*

TITOLO PRIMO

Del godimento e della perdita dei diritti civili.

106. *I diritti si distinguono in privati e politici. Questi ultimi attengono all'esercizio del potere sovrano. Nel Belgio è abrogato l'articolo 7 del codice civile.* I, 317

Per effetto dell'articolo 1° della legge 26 giugno 1889, l'articolo 7 del codice civile è stato modificato, in Francia, come segue: « L'esercizio dei diritti civili è indipendente da quello « dei diritti politici, i quali si acquistano e si conservano in « conformità alle leggi costituzionali ed elettorali ».

107. *S' intendono per diritti civili così i diritti privati* (articolo 7), *come e in opposizione ai diritti naturali, quelli che resultano esclusivamente dalla legge* (art. 8 e 11 cod. civ.) I, 318

108. *Il godimento dei diritti è la facoltà legale e non richiede che un'attitudine di diritto; l'esercizio invece concerne il fatto e richiede una capacità di fatto.* I, 319

CAPO PRIMO.

DEI FRANCESI.

Sezione I. — Chi sia francese.

§ 1. PRINCIPII GENERALI.

109. *Vi sono francesi per nascita e francesi per legge. Tutti hanno uguali diritti; ma le persone che divennero cittadini francesi per virtù della legge, non godono dei diritti civili se non dal momento in cui acquistarono la nazionalità francese.* I, 320

I, 321

110. *Respingendo il principio dell'antico diritto, secondo cui si faceva dipendere la nazionalità dal luogo di nascita, il codice ha consacrata la nuova dottrina a sensi della quale la nazionalità del padre determina quella del figlio, senza riguardo al luogo della nascita.*

Il riassunto che il Laurent ci dà dei lavori preparatorî relativi agli articoli 7 e seguenti del codice civile non è perfettamente esatto, e l'illustre maestro cade in un lieve errore affermando che il codice abbia ammesso il nuovo principio in opposizione ai fautori del diritto antico, che si attaccavano al principio della territorialità.

Il primo progetto, presentato nell'adunanza del Consiglio di Stato del 6 termidoro anno IX, stabiliva la regola: « Sono cittadini francesi i figli di francesi nati in Francia o all'estero ».

Il Tronchet fece rilevare che nulla si disponeva riguardo alla condizione dei figli di stranieri nati in Francia: « Il favore della popolazione » egli disse « ha sempre fatto considerare « queste persone come francesi, purchè esprimessero, mediante « una dichiarazione, la loro volontà d'esser tali ».

Soggiunse il Boulay: « Non potersi ricusare i diritti civili al « figlio di stranieri nato in Francia, tanto più che la Costituzione « gli accorda i diritti politici ».

In seguito a queste osservazioni, il Primo Console propose un nuovo articolo: « È cittadino francese chiunque sia nato in Francia ».

La regola secondo la quale il figlio nato all'estero da un francese è cittadino francese non formò oggetto di veruna opposizione: « la si riguardava persino come il principio dell'Europa intera » « la massima generale di tutti i tempi ».

Furono motivi di semplice utilità e non l'antico diritto che inducevano ad attribuire la nazionalità francese al figlio nato in Francia da uno straniero: per ragioni della medesima indole, in ispecie perchè il figlio nato accidentalmente in Francia da genitori stranieri risiederebbe all'estero, la proposta fu combattuta e venne sostituita dall'articolo 9 del codice.

V. in LOCRÉ, v. I, i lavori preparatori degli articoli 8, 9 e 10 del codice, particolarmente il discorso del Tronchet nell'adunanza del Consiglio di Stato

del 6 termidoro anno IX (p. 351, n. 7), la relazione Siméon (p. 430, n. 3) e la Esposizione dei motivi del Treilhard (p. 465, n. 4). — Confr. Huc, *Code civil*, v. I, n. 221. — Cfr. Cass. B., 24 giugno 1880, *Pasic.*, 1880, I, 220, e 30 maggio 1881, *Pasic.*, 1881, I, 292, come pure le conclusioni del procuratore generale Faider che precedono le sentenze.

111. *È massima che nessuno possa avere due patrie e l'acquisto d'una nuova nazionalità importi la perdita della precedente.* I, 322

112. *Ogni mutamento di nazionalità esige una manifestazione di volontà da parte di colui che acquista una nuova cittadinanza.* I, 323

Perciò il mutamento della nazionalità del marito, durante il matrimonio, non spiega alcun effetto sulla cittadinanza della moglie o su quella dei figli.

Rispetto alla moglie, v., *infra*, n. 149, 154, 193, 198 e 210.

Rispetto ai figli: *Sic* Cass. Fr., 7 gennaio 1879, Sir., 1880, 1, 271; *Pasic. fr.*, 1880, 628; D. P., 1879, 1, 111; — 6 marzo 1877, Sir., 1879, 1, 305: *J. Pal.*, 1879, 763; — Tolosa, 27 gennaio 1876, D. P., 1877, 2, 65; Sir., 1876, 2, 177; *Pasic. fr.*, 1876, 709; — Parigi, 4 febbraio 1876, D. P., 1876, 2, 193-194; — Parigi, 24 luglio 1874, D. P., 1877, 2, 18, nota; *J. Pal.*, 1875, 940, — Lyon, 19 marzo 1875, D. P., 1877, 2, 65-66; Sir., 1876, 2, 21; *Pasic. fr.*, 1876, 193; — Chambéry, 29 aprile 1873, Sir., 1873, 2, 105 e la nota; *Pasic. fr.*, 1873, 462; — Aubry e Rau, v. I, § 71, p. 255. — V. *infra*, n. 138, 152 e 153.

La legge francese del 26 giugno 1889 non parla degli effetti che la naturalizzazione acquistata da un francese in paese straniero produce sulla nazionalità dei di lui figli minori.

Ne viene che dovranno essere applicati i principî in vigore prima della pubblicazione della legge stessa.

Sic Le Sueur e Dreyfus, *la Nationalité*, p. 198. — Cfr. Dall., *Rép. Suppl.*, v. *Droits civils*, 67.

Ci occuperemo più innanzi degli effetti che, secondo la legge francese, produce la naturalizzazione acquistata in Francia da uno straniero, sulla nazionalità della moglie e dei figli del medesimo.

V. *infra*, n. 152 segg.

I, 324 **113**. *Il mutamento della nazionalità può, talvolta, essere involontario, come nel caso di smembramento di uno stato o di annessione: in questa ipotesi avviene persino contro la volontà dei cittadini appartenenti ai territori annessi.*

I, 325 **114**. *Il mutamento della nazionalità non ha effetto che per l'avvenire.*

§ 2. Applicazione dei principii.

N. 1. Del figlio legittimo nato da un francese.

I, 326 **115**. *Il figlio di un francese è cittadino francese; se i genitori appartengono a nazionalità diverse, il figlio è libero di optare per l'una o per l'altra.*

Il sistema accolto dal Laurent pel caso di genitori aventi nazionalità diverse ne sembra debba essere ripudiato.

A suo dire, il figlio possiede la nazionalità che gli attribuisce l'origine: perciò se i di lui genitori appartengono a diversa nazionalità, se, ad esempio, la madre è francese e il padre belga, nasce da due razze, ha diritto a due nazionalità, a due patrie.

Questo ragionamento non ha una base attendibile.

La regola su cui poggia e in forza della quale il figlio avrebbe diritto alla nazionalità che gli conferisce l'origine, anche se straniera, non si trova scritta nella legge.

Diversamente da quel che crede il Laurent, gli autori del codice civile non si sono lasciati guidare da concetti teorici; essi considerarono esclusivamente l' interesse della Francia, senza occuparsi affatto di ricercare se, in linea di principî, la cittadinanza dovrebbe essere determinata dal luogo di nascita del figlio o dalla nazionalità dei genitori; non videro nella cittadinanza un diritto derivante al figlio dalla schiatta, dall'origine sua, ma sibbene una qualità, un privilegio che la sola legge accorda o nega, secondo l'interesse della popolazione.

Mossi unicamente da questo criterio, dichiararono francese il figlio nato da un francese.

Ben lontani, peraltro, dal reputare una tal regola come conseguenza del principio superiore invocato dal Laurent, secondo cui la nazionalità è un diritto spettante al figlio in forza della

sua origine, dichiararono al tempo stesso cittadino francese il figlio nato in Francia, anche da uno straniero.

Entrambe le disposizioni furono ammesse dal Consiglio di Stato e proposte al Tribunato, e se l'ultima venne vivamente combattuta e, da ultimo, respinta, ciò non accadde mica perchè si volesse applicare il preteso principio del Laurent, ma per motivi utilitarî (v. *supra*, n. 110).

Gli autori del codice civile non sanzionarono quindi il principio invocato dal Laurent, secondo cui la nazionalità dipende dalla razza, di guisa che, in forza della legge francese, il figlio di origine estera avrebbe diritto a una nazionalità straniera.

D'altro canto, l'opinione dell'illustre scrittore poggia sull'erroneo concetto che il codice civile contenga norme relative alla cittadinanza straniera. Il legislatore francese non poteva fare e non ha fatto che una cosa sola: determinare quali cause attribuiscano o facciano perdere la qualità di francese; non poteva dire e non ha detto che una circostanza determinata, per esempio l'appartenere a una certa razza, conferisse il diritto di pretendere una data nazionalità straniera.

Per queste ragioni, è mestieri respingere la tesi del Laurent.

La quale, al postutto, condurrebbe a questo strano resultato che, cioè, in forza del codice civile, una persona potrebbe avere due patrie, l'una francese, l'altra straniera; mentre vedremo che, se in fatto può accadere che si trovi alcuno dotato della doppia nazionalità, una tal condizione è ignota alla legge francese, non ammettendo questa che si possa essere insieme francese e straniero. (V. n. 168).

Per risolvere la difficoltà bisogna vedere se il legislatore francese non abbia invece voluto che i membri della comunità famigliare, costituita dal padre, dalla madre e dal figlio, avessero, in linea di principio, l'identica nazionalità, e, nell'affermativa, quale abbia creduto di attribuir loro.

Gli autori del codice civile vollero che i membri di detta comunione avessero, per regola generale, la medesima nazionalità, cioè quella del padre.

Lo provano anzitutto gli articoli 12 e 19 che attribuiscono alla donna maritata la nazionalità del marito, poscia i motivi di queste disposizioni le quali hanno per fondamento « l'istessa

« indole del matrimonio, che fa di due persone una sola, dando « la preminenza al marito sulla moglie » (Esposizione dei motivi fatta da Boulay al Corpo legislativo, l'11 frimaio anno X). Lo conferma la circostanza che, nel corso delle discussioni relative agli articoli 8, 9 e 10, gli oratori dicono costantemente, non già trattarsi di un figlio nato da genitori stranieri o francesi, ma sibbene di un figlio nato da padre francese o straniero (si vegga in particolare la discussione al Consiglio di Stato e l'Esposizione dei motivi del Boulay al Corpo legislativo). Così si spiega, da ultimo, come il Cambacérès, nella tornata del Consiglio di Stato del 6 termidoro anno IX, discutendosi il titolo I, abbia chiesto se il figlio, nato da madre francese e da padre ignoto, avrebbe goduto in Francia dei diritti civili, e il Tronchet gli abbia risposto che se il padre è sconosciuto, il figlio segue la condizione della madre.

La nostra tesi è implicitamente consacrata dall'attuale articolo 8, § 1° (legge francese del 26 giugno 1889) che dispone: « Il « figlio naturale, la cui figliazione venga stabilita durante la « minore età per riconoscimento o per sentenza, segue la na- « zionalità di quello dei genitori a cui riguardo venne fatta dap- « prima la prova. Se questa resulta pel padre o per la madre « dallo stesso atto o dalla stessa sentenza, il figlio avrà la na- « zionalità del padre ».

In questo senso: AUBRY e RAU, v. I, p. 231, § 69; — DEMOLOMBE, v. I, n. 148; — DEMANTE, v. I, p. 64; — MOURLON e DEMANGEAT, *Répét. écr.*, v. I, p. 88; — VALETTE, *Cours de code civ.*, v. I, p. 45; — PASQUALE FIORE e PRADIER-FODÉRÉ, *Droit international privé*, v. I, n. 58; — ROBILLARD, *De la qualité de Français*, p. 82; — DE FOLLEVILLE, n. 330; — DALLOZ, *Rép.*, *Suppl.*, v. *Droits civils*, n. 32; — *Pand. Belges*, v. *Belge*, n. 80 e segg.

Si veggano in LOCRÉ, le discussioni al Consiglio di Stato, v. I, p. 349, n. 1, 2 e 3; p. 358, n, 1, 2 e 3; p. 414, n. 1 e 2; l'Esposizione dei motivi di Boulay, p. 423, n. 3, 4 e 5; p. 425, n. 14; la relazione di Siméon a nome della commissione del Tribunato, p. 430, n. 3 e p. 435, n. 10; le osservazioni del Tribunato, p. 450, n. 3; il discorso di Gary a nome del Tribunato, p. 473, n. 4.

I. 327 **116**. *Se il padre aveva, all'epoca del concepimento, una nazionalità diversa da quella che possiede al tempo della nascita, il figlio avrà la scelta.*

La questione è tuttora vivamente controversa. Il Laurent fonda la sua decisione sulla massima che il figlio concepito si reputa nato allorchè si tratti del suo interesse, massima che egli sostiene applicabile in materia di nazionalità.

Taluni scrittori, particolarmente Aubry e Rau, adottano la sua soluzione, modificandola però nel senso di rifiutare la scelta al figlio; dal punto di vista della legge francese, essi dicono, il figlio ha sempre interesse di essere cittadino francese e, per conseguenza, tale deve essere dichiarato quando il padre aveva detta nazionalità, sia al tempo del concepimento, sia a quello della nascita.

La giurisprudenza belga non ebbe occasione di discutere la controversia; ma più volte fu sollevata dinnanzi ai tribunali un'analoga difficoltà a proposito dell'interpretazione, sia delle leggi che governano le conseguenze, dal punto di vista della nazionalità, dei trattati che consacrano cessioni territoriali, sia delle leggi che determinano, rispetto ai figli minori, gli effetti della naturalizzazione del padre. La Corte di cassazione del Belgio accolse l'opinione del Laurent circa l'applicazione, in materia di nazionalità, della formola *Puer conceptus pro nato habetur, quoties de ejus commodo agitur*.

Queste diverse teorie debbono, a parer nostro, essere rigettate. Sembra a noi partito migliore quello di aderire alla soluzione verso la quale tende la dottrina: il figlio ha la nazionalità cui apparteneva, al momento della sua nascita, quello dei genitori di cui segue la condizione.

Soltanto codesta regola è conforme alla lettera degli articoli del codice ed ai principî generali che regolano la materia.

L'articolo 10 è esplicito: è francese il figlio nato da un francese in estero Stato.

Invano si obbietterebbe che il vocabolo *nato* è qui sinonimo di *generato* (*issu*); che il suo scopo è d'indicare il rapporto di filiazione che unisce un figliuolo ai genitori e non mica di precisare il momento da considerare per stabilire la nazionalità di questi.

Tale apprezzamento, che modifica il testo della legge, è contrario al significato che intesero darvi gli autori del codice, sicchè proprio coloro i quali lo dichiarano evidente sono costretti

a respingerlo, lorchè trattasi di commentare l'articolo 9, che usa uguali espressioni.

I lavori preparatorî stanno ad attestare che identico significato va attribuito al vocabolo *nato*, così nell'articolo 10 come nell'articolo 9, dove tutti riconoscono non consenta di riferirsi al momento della concezione: essi stabiliscono che il legislatore ha voluto parlare della nazionalità dei genitori unicamente al tempo della nascita.

Il primo progetto del codice disponeva: Art. 1. « Ogni persona nata da un francese e in Francia gode dei diritti civili, ecc. »; art. 2 (corrispondente all'articolo 10 del codice): « Il « figlio nato all'estero da un francese è cittadino francese ». (Progetto presentato al Consiglio di Stato il 6 termidoro anno IX). Questa redazione prova già che gli autori del progetto consideravano il fatto stesso della nascita e non la filiazione: per vero, nel caso opposto, avrebbero detto molto più semplicemente: È cittadino francese il figlio generato (*issu*) da un francese.

Il Tronchet fece osservare che gli articoli 1 e 2 erano incompleti: « Essi non si occupano che dei figli di francesi nati « in Francia o all'estero; mentre è pur mestieri di pronunziarsi « ancora riguardo al figlio nato in Francia da padre straniero ». Non è controvertibile che, nell'ipotesi prevista da ultimo, il vocabolo *nato* indica la persona che vide la luce in Francia: ora, è possibile sostenere seriamente che abbia un significato diverso nel resto della frase, e non è forse invece evidente che il Tronchet considerò tre categorie di persone: figli di francesi che videro la luce in Francia, figli di francesi che videro la luce all'estero e figli di stranieri che videro la luce in Francia?

Nè si dica che questa equiparazione tra il figlio di straniero nato in Francia e il figlio nato da un francese, sia un accidente di redazione, derivato forse dal modo in cui il compilatore del processo verbale ha riassunta la discussione. Essa risulta, al contrario, in tutto il corso dei lavori preparatorî: « Si nasce talvolta da padre francese, ma in suolo straniero; altre volte sul territorio di Francia, ma da un padre che non è cittadino francese ». (Esposizione dei motivi fatta al Corpo legislativo dal Boulay, seduta dell'11 frimaio anno X). « Ogni fran- « cese gode dei diritti civili; ma chi nacque in Francia da uno

« straniero o all'estero da un francese .... sarà pure reputato « francese »? (Esposizione dei motivi fatta al Corpo legislativo dal Treilhard, seduta del 6 ventoso anno XI). « Si comprende « facilmente perchè il progetto non si occupi delle persone nate « in Francia da francesi .... ma è più difficile il caso di chi nacque « in Francia da uno straniero ». (Discorso di Gary a nome del Tribunato, seduta del 17 ventoso anno XI).

Il valore di queste dichiarazioni è esplicitamente confermato dalle discussioni relative all'articolo 10, § 2, discussioni che hanno, giova rilevarlo, importanza specialissima, poichè si riferiscono appunto alla condizione del figlio il cui padre abbia mutata nazionalità.

« Il sig. Duchatel combatte la seconda parte dell'art « (§ 2 dell'attuale articolo 10) fondandosi sulla circostanza che « la persona nata da padre il quale ha perduta la cittadinanza « francese non può essere più che uno straniero, soggetto alle « condizioni imposte agli stranieri per acquistare la qualità di « francese, non potendosi tènere alcun conto del padre che la « perdette. Il sig. Regnault (de Saint-Jean d'Angély) appoggia « questa opinione dicendo che la volontà del padre decide dello « stato del figlio .... » Soggiunge: « che un padre divenuto « straniero comunica tale qualità al figlio nato dopo la sua « denazionalizzazione ». (Seduta del Consiglio di Stato del 6 termidoro anno IX).

« Il sig. Berlier osserva che in due sole circostanze si acquista « la qualità di francese, cioè dalla nascita sopra territorio « francese o dalla nascita da padre francese; ora, il figlio nato « all'estero da padre che rinunziò alla cittadinanza francese « non possiede nè l'uno nè l'altro di questi due requisiti ». (Seduta del Consiglio di Stato del 14 termidoro anno IX).

Ed ecco una frase molto caratteristica dell'Esposizione dei motivi fatta al Corpo legislativo dal Boulay: « Si presenta una « terza ipotesi che può sembrare a prima vista degna di minor « favore: quella di chi sia nato non soltanto in terra straniera, « ma anche da un francese il quale abbia perduta la cittadinanza « prima di darlo alla luce ».

Di fronte a simili dichiarazioni, è egli ancor lecito sostenere che, per determinare la nazionalità del figlio, il legislatore

non abbia unicamente considerato il tempo della nascita? Si può credere che qualora avesse voluto attribuire un'importanza purchessia all'epoca del concepimento, le discussioni non conterrebbero neppur la menzione di questo, gli oratori avrebbero sempre esclusivamente parlato del momento della nascita, nè al concepimento avrebbero mai fatto allusione quanti vollero equiparare interamente allo straniero il figlio, nato da un francese che avesse perduta la cittadinanza? E se non si può crederlo, è forza respingere la proposta deroga al testo della legge, deroga che non troverebbe giustificazione se non nella probabile volontà del legislatore.

Ma, si dice, non bisogna dimenticare la massima romana: *Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodo ipsius agitur.*

Rispondiamo che il diritto romano nulla ha a vedere con la nostra materia: non accade neppure una volta che gli autori del codice vi si riferiscano allorchè si tratta di stabilire le leggi che regolano la nazionalità; essi non si sono preoccupati d'altro che dell'interesse del loro paese.

Come, d'altronde, si può argomentare dalle regole del diritto romano per interpretare il pensiero del legislatore francese? Non vi è neppure accordo circa il valore della prescrizione romana: infatti, mentre gli uni la invocano per dire che bisogna riferirsi al concepimento o alla nascita secondo che il figlio segue la condizione del padre o quella della madre, gli altri se ne valgono per respingere simile distinzione.

Si insiste col dire che il codice civile ha riconosciuto il fondamento razionale di questo principio di diritto romano, poichè lo ha applicato negli articoli 725, 906 e 961, relativi alle successioni o alle donazioni; si potrà quindi giustamente invocarlo anche in materia di nazionalità.

Ecco un ragionamento assai singolare.

Il diritto romano aveva stabilita una regola che creava una finzione: il codice civile non la riprodusse. Il legislatore però, volendo che fosse seguita in materia di donazioni e di testamenti, lo dichiarò in modo espresso. Ora si pretenderebbe di applicare detta regola, benchè, per indole sua, d'interpretazione restrittiva, ad una materia rispetto alla quale il legislatore non

ne fece alcun cenno, mentre gli autori del codice non ne prescrissero l'osservanza e la lettera della legge al pari dei lavori preparatorì si oppongono recisamente a che venga seguìta. Si vuole che il legislatore abbia creduto di doverla r icordare in modo formale quando era questione di un semplice diritto civile ed abbia pensato invece di potersene dispensare allorchè trattavasi d'una materia molto più importante, perchè concerne l'istessa esistenza della patria. Questa regola era una finzione a favore d'una persona, e si pretende di trasportarla in un campo dove il legislatore ha dettate le sue norme senza preoccuparsi dell'utile individuale, ma mirando esclusivamente all'interesse della nazione (v. *supra*, n. 110). Si vuole, infine, equiparare a un diritto civile o politico la nazionalità, mentre questa non costituisce un diritto propriamente detto, ma una qualità, fonte di diritti e di obbligazioni, qualità che la legge impone, cui non si può rinunciare, ma che si può perdere in casi determinati.

Nè ciò basta: l'accoglimento di questa prima finzione deve per necessità condurre all'adozione d'una seconda. Infatti, l'epoca precisa del concepimento è ignota, e, per stabilirla, si estendono al nostro titolo le prescrizioni di cui discorre il titolo *Della paternità e della filiazione*, allo scopo di determinare il momento in cui il figlio deve ritenersi concepito. Si accumulano perciò finzioni sopra finzioni in una materia che non ne comporta alcuna; dove il legislatore non ne ha ammesse, e neppure vi fece cenno; dove, infine, esse sono inutili.

E qui si verifica quello che accade sempre allorchè gli interpreti, in luogo di applicare la legge, si arbitrano a foggiarla a posta loro: i nostri avversari non riescono a mettersi d'accordo. Gli uni, come il Laurent, concedono al figlio un diritto d'opzione: cessano di far regolare dalla legge una materia che gli autori del codice vollero esclusivamente diretta da quella; ammettono che, durante l'età minore, la nazionalità rimanga sospesa, e creano così un dedalo inestricabile di difficoltà, specialmente riguardo alla divisione delle eredità aperte durante questo periodo. Gli altri, in particolare Aubry e Rau, negano la facoltà di scelta, costretti a concludere che la nazionalità d'origine si determina unicamente secondo la legge e non a beneplacito del figlio.

Riguardo poi alla stranezza che, al dire del Laurent, il sistema nostro farebbe sorgere nel caso in cui un figlio di padre che era straniero al tempo della nascita, ma francese al momento della concezione, dovesse raccogliere un'eredità in Francia, crediamo proprio che non sussista affatto. Per giungere a tale affermazione, l'illustre scrittore ha dovuto ammettere una perfetta identità di natura tra il fatto d'essere francese e quello di essere capace di succedere, mentre non ve n'è punto, poichè da un lato si tratta d'una qualità stabilita dalla legge, dall'altro invece di un diritto civile non spettante se non a coloro i quali posseggono questa qualità.

Sic una dissertazione di DE BOECK, D. P., 1888, 2, 9, nota 1; — HUC, v. I, n. 224; questo scrittore si fonda sulla legge francese del 26 giugno 1889, ma le espressioni della medesima non si differenziano essenzialmente da quelle usate dal codice civile, e non contengono nulla che provi aver essa inteso modificare la soluzione che va data alla controversia secondo il codice.

Contra: AUBRY e RAU, v. I, § 69, p. 231 e le note; — Cass. B., 24 aprile 1893, *Pasic.*, 1893, I, 192; — 18 aprile 1887, *Pasic.*, 1887, I, 180; D. P., 1888, 2, 9; — 9 luglio 1883, *Pasic.*, 1883, I, 304; — 28 luglio 1881, *Pasic.*, 1881 I, 134; *Belg. jud.*, 1881, 426; — 5 maggio 1877, *Pasic.*, 1877, I, 139. — Cfr. DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Droits civils*, n. 33 sgg.

I lavori preparatori invocati più sopra si trovano riferiti in LOCRÉ, v. I il progetto presentato al Consiglio di Stato, p. 348, n. 1; l'osservazione del Tronchet, p. 349, n. 3; l'Esposizione dei motivi del Boulay, p. 423, nn. 3 e 6; quella del Treilhard, p. 465, n. 4; il discorso di Gary, p. 473, nn. 3 e 4; la discussione del 6 termidoro anno IX, p. 351, n. 7; quella del 14 stesso mese, p. 359, n. 4.

117. Il figlio postumo ha la nazionalità che il padre possedeva al tempo della morte: è questa, infatti, la nazionalità del padre al tempo della nascita del figlio. Non si potè attribuire a costui la nazionalità della madre se non fondandosi sul concetto, evidentemente erroneo, che il padre defunto non ha più nazionalità e che il postumo non ha filiazione paterna, con che si verrebbe ad equipararlo al figlio naturale riconosciuto dalla madre.

Sic COGORDAN, p. 36. — *Contra:* HUC, n. 224.

N. 2. DEL FIGLIO NATURALE.

118. *Il figlio naturale, nato in Francia, ma non riconosciuto, non ha patria.* I. 328

La questione formava oggetto d'una vivissima disputa.

Nel Belgio, fu risoluta dalla legge interpretativa del 15 agosto 1881, ai cui termini i figli nati nel Belgio da genitori legalmente ignoti, si reputano cittadini belgi.

Del pari, la legge francese 26 giugno 1889 sulla nazionalità, dichiara francesi tutti gli individui nati in Francia da genitori ignoti (art. 8 nuovo, 2°).

119. *Deve reputarsi nato da genitori ignoti il figlio naturale, il cui atto di nascita rechi il nome della madre, ma che non sia stato riconosciuto a sensi di legge.* I, 329

Conseguentemente, se nacque nel Belgio sarà cittadino belga in forza della legge interpretativa del 15 agosto 1881.

Sic Cass. B., 19 maggio 1884, *Pasic.*, 1884, I. 193.

120. *Il figlio legalmente riconosciuto segue la condizione dell'autore del riconoscimento e può invocare la massima:* « conceptus pro nato habetur quoties de ipsius commodo agitur ». I, 330

A noi sembra di no, per gli stessi motivi pei quali ritenemmo quell'adagio inapplicabile al figlio legittimo (v. *supra*, n. 116).

La nazionalità del figlio naturale fu esplicitamente regolata in Francia dalla legge 26 giugno 1889. (*Infra*, n. 121).

121. *Il figlio naturale riconosciuto di genitori aventi diversa nazionalità, può optare fra le due patrie.* I, 331

Vigente ancora il codice civile, la Cassazione francese giudicava che il figlio naturale riconosciuto di genitori aventi nazionalità diversa, seguisse la condizione del padre.

La soluzione della controversia dipende dai principî adottati circa gli effetti del riconoscimento del figlio naturale: perciò la difficoltà verrà esaminata nel commento al libro I, titolo VII, capo III.

Si vegga Cass. fr., 22 dicembre 1874, D. P., 1875, 1, 316; *J. Pal.*, 1875, 1060; Aubry e Rau, v. I, § 69, p. 231, nota 4. — Confr. *infra*, n. 168.

La legge francese del 26 giugno 1889 (cod. civ. modif., articolo 8, 1°) decide che, quando la filiazione naturale è stabilita durante la minorità del figlio, sia col riconoscimento, sia per sentenza, il figlio segue la nazionalità del genitore in confronto al quale venne data prima la prova: se questa resulta rispetto a entrambi dal medesimo atto, avrà la nazionalità del padre.

Questa disposizione va combinata però con l'altra dell'articolo 8, 3°, in forza della quale il figlio nato in Francia da uno straniero che, alla sua volta, vide quivi la luce, è cittadino francese. Siccome la riferita norma era generale e aveva lo scopo di far prevalere, nell'ipotesi prevista, il *jus soli* al *jus sanguinis*, ne resultava che la circostanza del riconoscimento anteriore da parte dell'uno o dell'altro dei genitori non aveva più alcun valore se il figlio era nato in Francia e se il padre o la madre vi erano nati del pari: in ogni caso, era sempre francese.

La regola venne modificata dalla legge del 22 luglio 1893.

A sensi di quest'ultima, se il genitore nato in Francia non è quello di cui il figlio naturale deve seguire la filiazione conformemente all'articolo 8, 1°, il figlio può ripudiare la nazionalità francese, nel modo stesso del figlio legittimo nato in Francia da madre straniera che vi nacque e da padre straniero nato all'estero. (*Infra*, n. 122, I).

Dall'articolo 8, 1° si è tratta la conclusione che, se il riconoscimento ha luogo soltanto dopo che il figlio è divenuto maggiorenne, non spiega più effetto sulla nazionalità del medesimo.

Pare a noi che questa soluzione sgorghi direttamente dalla lettera della legge. La quale non attribuisce alcun effetto sulla nazionalità al riconoscimento che non sia avvenuto durante l'età minore: donde bisogna concludere che la filiazione naturale non influisce sulla nazionalità se non quando venga stabilita prima che il figlio sia divenuto maggiorenne.

Sic HUC, v. I, n. 223; — LE SUEUR e DREYFUS, *la Nationalité*, p. 16. — Cfr. DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Droits civils*, n. 37.

Se entrambi i genitori riconoscono il figlio lo stesso giorno, ma con atti diversi, il figlio seguirà la nazionalità di quello che lo riconobbe pel primo; se ciò non può essere stabilito, avrà la nazionalità del padre, giusta l'ultimo precetto del nuovo articolo 8, 1°.

Ma *quid iuris* se all'epoca in cui vien data la prova del riconoscimento i genitori abbiano perduta la nazionalità che avevano al momento della nascita?

La questione si riconnette all'altra dell'effetto dichiarativo del riconoscimento e verrà quindi esaminata nel commento al titolo VII del libro I.

N. 3. DEL FIGLIO NATO IN FRANCIA DA UNO STRANIERO (art. 9).

122. *Il figlio nasce straniero, ma può divenire francese.* I, 332

Le regole del codice civile, relative alla nazionalità del figlio di stranieri nato in Francia, vennero notevolmente modificate dalle leggi francesi del 26 giugno 1889 e del 22 luglio 1893.

La legge del 26 giugno 1889 ha distinti i figli nati da stranieri sul territorio francese, in due categorie: la prima di coloro il cui padre o la cui madre nacque in Francia, la seconda di quelli i cui genitori videro la luce all'estero.

I. *Figlio nato in Francia da genitori stranieri uno dei quali nacque in territorio francese.*

Riguardo a questa prima categoria la legge stabiliva la regola seguente, la quale confermava, estendendolo, il sistema ammesso dalle leggi 7 febbraio 1851 e 16 dicembre 1874: « È francese « il figlio nato in Francia da uno straniero che vi ebbe pure « i natali » (articolo 8 nuovo, 3°).

Questa disposizione, affatto generica, era applicabile sempre quando uno dei genitori, e così tanto il padre, come la madre; fosse nato in Francia; non era richiesta alcuna condizione di residenza nè rispetto al genitore nato in Francia, nè riguardo al figlio; non occorreva distinguere se il genitore fosse nato francese o straniero. Donde era derivata la conseguenza che i

figli nati in Francia da donna già francese, essa pure nata in Francia e divenuta straniera per effetto del suo matrimonio col loro padre straniero, erano di pien diritto e definitivamente francesi.

Sic Cass. fr., 7 dicembre 1891, *Revue pratique de dr. intern. privé*, 1892, p. 49 e la nota; D. P., 1892, 1, 87; Sir., 1892, 1, 81; *J. Pal.*, 1892, 81; — Rennes, 18 aprile 1893, D. P., 1893, 2, 573; — Aubry e Rau, v. I, § 70, p. 243, nota 26; — Huc, v. I, nn. 228 e 229, p. 211. — *Contra:* Dall., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Droits civils*, n. 49.

Questa regola rendeva francesi persone in fatto assolutamente estranee alla Francia: donde gravi inconvenienti, ai quali pose rimedio la legge del 22 luglio 1893.

La nuova legge consacra l'interpretazione da noi esposta testè. Per evitare le insorte difficoltà, specialmente rispetto ai figli di donna già francese divenuta straniera in conseguenza del suo matrimonio (relazione Thezard al Senato, seduta del 10 luglio 1893, *Journ. off.* dell'11 luglio, *Débats parl.*, p. 1089), essa stabilì, che se sia nata in Francia soltanto la madre, il figlio potrà repudiare la cittadinanza francese entro l'anno dalla sua età maggiore. L'attuale articolo 8, 3° dispone: « È cittadino « francese il figlio nato in Francia da genitori stranieri uno « dei quali abbia veduta la luce in territorio francese: se però « soltanto la madre sia nata in Francia, egli potrà declinare « la qualità di francese entro l'anno dall'età maggiore, confor- « mandosi alle norme del § 4 », cioè alle regole prescritte per repudiare la qualità di francese da parte delle persone nate in Francia, da straniero che non vi ebbe nascimento e domiciliate in Francia all'epoca della loro maggiorità (*infra*, n. IV).

II. *Figlio nato in Francia da genitori stranieri, nessuno dei quali nacque in Francia.*

Sino a che non abbia raggiunto il ventunesimo anno, la legge gli permette di divenire francese mediante certe condizioni (*infra*, n. III).

Se a ventun anni è domiciliato in Francia, lo dichiara francese, salvo che elegga la qualità di straniero (*infra*, n. IV).

Se al ventunesimo anno non è domiciliato in Francia, lo

autorizza, sotto determinate condizioni, ad acquistare la cittadinanza francese (*infra*, n. V).

III. ***Figlio nato in Francia da genitori stranieri nati all'estero e che non ha ancora raggiunti gli anni 21.***

Può divenir francese mediante analoga dichiarazione da farsi, in di lui nome, dal padre; se questi è morto, dalla madre. Se poi i genitori sono entrambi defunti o esclusi dalla tutela, ovvero nei casi preveduti negli articoli 141, 142 e 143 del codice civile, dal tutore autorizzato con deliberazione del consiglio di famiglia (articolo 9 nuovo, modificato dalla legge 22 luglio 1893).

Le forme di questa dichiarazione e i casi in cui può essere negata al dichiarante la qualità di francese, sono quei medesimi stabiliti pel maggiorenne non domiciliato in Francia (*infra*, n. V).

Il minore degli anni ventuno nato in Francia da genitori stranieri nati all'estero diviene pure cittadino francese se, iscritto nei registri di popolazione, prende parte a operazioni di reclutamento senza eccepire la sua qualità di straniero (art. 9 nuovo).

Sic LE SUEUR et DREYFUS, *la Nationalité*, p. 243.

IV. ***Figlio domiciliato a ventun anni in Francia e quivi nato da genitori stranieri nati entrambi all'estero.***

La legge lo dichiara francese accordandogli però il diritto di repudiare tale qualità: il repudio non ha tuttavia valore se non in quanto l'interessato comprovi di aver conservata la sua nazionalità d'origine e d'aver soddisfatto in patria gli obblighi militari. « È cittadino francese il figlio nato in Francia da uno « straniero e che, all'epoca della sua maggiorità, ha domicilio « in Francia, salvo che, entro l'anno dall'età maggiore, secondo « le norme della legge francese, non abbia declinata la qualità « di francese e dimostrato d'aver conservata la cittadinanza « dei suoi genitori, mediante una attestazione del proprio go- « verno, fatta in debita forma, da rimanere annessa alla di- « chiarazione, e non abbia altresì prodotto, ove del caso, un « certificato comprovante di aver risposto alla chiamata alle « armi, in conformità alla legge militare della sua patria, salve « le eccezioni contemplate nei trattati ». (Art. 8, 4.° nuovo).

La dichiarazione dev'essere registrata e pubblicata nelle forme di che all'art. 9 (*infra*, n. V).

V. *Figlio non domiciliato in Francia a ventun anni e nato in Francia da genitori stranieri nati all'estero.*

Può acquistare la qualità di francese.

Nondimeno, anche se riunisca tutte le condizioni volute dalla legge (ed ecco una differenza essenziale in confronto all'articolo 9 del codice civile), questa qualità potrà essergli ricusata per causa d'indegnità.

La sua posizione è regolata dall'articolo 9 (nuovo), modificato dall'articolo 3 della legge 22 luglio 1893, la quale dispone:

« L'articolo 9 del codice civile è modificato come segue:

« Il figlio nato in Francia da uno straniero e che non vi sia « domiciliato all'epoca della sua età maggiore potrà, fino al « compimento del ventiduesimo anno, chiedere di stabilire il « proprio domicilio in Francia, e, qualora vi venga a risiedere « entro l'anno dalla data dell'atto di sottomissione, reclamare « la cittadinanza francese mediante una dichiarazione, la quale « dovrà essere registrata presso il ministero della giustizia, « sotto pena di nullità.

« La registrazione verrà rifiutata se dai documenti prodotti « risulti che il dichiarante non si trova nelle condizioni volute « dalla legge, salvo il ricorso ai tribunali civili, nella forma « prescritta dagli articoli 855 e seguenti del codice di procedura « civile.

« Il rifiuto dovrà essere motivato notificato al reclamante « entro il termine di due mesi dalla fatta dichiarazione.

« Potrà inoltre la registrazione essere ricusata, per causa di « indegnità, anche a chi soddisfi alle condizioni volute dalla « legge; ma in tal caso dovrà essere statuito, dopo averne debitamente avvertito il dichiarante, a mezzo di decreto e col parere conforme del Consiglio di Stato, nel termine di tre mesi « dalla fatta dichiarazione, o, qualora vi sia stata opposizione, dal « giorno in cui la sentenza che ammise il reclamo sia divenuta « esecutiva.

« Il dichiarante potrà presentare al Consiglio di Stato documenti e memorie.

« In mancanza delle notificazioni di cui sopra nei termini « fissati e, dopo lo spirare di questi, il ministro della giustizia « rilascierà al dichiarante, dietro richiesta del medesimo, una « dichiarazione colla menzione della seguìta registrazione.

« La dichiarazione produrrà effetto dal giorno in cui venne « fatta, salvo il caso d'annullamento in seguito a rifiuto di re- « gistrazione.

« Le regole concernenti la registrazione prescritte dai §§ 2 « e 3 del presente articolo sono applicabili anche alle dichia- « razioni fatte allo scopo di declinare la nazionalità francese « conformemente all'articolo 8 e §§ 3 e 4 e agli articoli 12 e 18.

« Le dichiarazioni fatte, sia per reclamare, sia per declinare « la qualità di francese, debbono, dopo la loro registrazione, « essere inserte nel *Bulletin des lois*. L'omissione di questa « formalità non potrà tuttavia pregiudicare i diritti dei dichia- « ranti.

« Se la persona che reclama la cittadinanza francese non ha « ancora compiuto il ventunesimo anno, la dichiarazione sarà « fatta in sua vece dal padre e, qualora questi sia morto, dalla « madre. Se poi entrambi i genitori siano defunti o esclusi « dagli uffici tutelari, ovvero nei casi preveduti dagli articoli « 141, 142 e 143 del codice civile, dal tutore autorizzato con « deliberazione del consiglio di famiglia.

« Diverrà parimenti francese se, trovandosi inscritto nei re- « gistri di popolazione, partecipi alle operazioni di reclutamento « senza eccepire la qualità di straniero ».

Il combinato disposto degli attuali articoli 8 e 9 della legge militare ha dato luogo a molteplici difficoltà che sono peraltro estranee al diritto civile.

V. Su queste ultime Le Sueur et Dreyfus, *la Nationalité*, p. 230 sgg. — Dall., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Droits civils*, nn. 89 sgg., 98.

123. Quale significato ha il vocabolo domicilio negli articoli 8, 4° e 9 (nuovi)?

La questione va risoluta alla stregua dei motivi che inspirarono l'articolo 8, 4°. Questo poggia sul principio che la persona, la quale nacque in Francia e quivi abitualmente risiede, deve presumersi far parte della nazione francese: per domicilio

si deve intendere la residenza abituale. Così disse il Du Bost, relatore della commissione della Camera: « Giuridicamente vi « è certo un divario fra domicilio e residenza, ma... il domicilio, « nell'ipotesi del nostro articolo 8, deve interpretarsi *lato sensu:* « si tratta, evidentemente, di dichiarare francesi persone nate « in Francia le quali, all'epoca della loro maggiore età, abitano « ancora il nostro paese; la residenza permanente equivale al « domicilio ».

124. Le disposizioni relative al figlio di straniero nato in Francia si applicheranno anche ai figli degli agenti diplomatici o consolari degli Stati esteri?

Il testo della legge 26 giugno 1889, come quello dell'articolo 9 del codice civile, è assoluto.

Se dunque una distinzione va fatta, dovrà trovare fondamento nelle regole relative alle immunità di cui fruiscono gli agenti diplomatici stranieri e che hanno tratto al diritto delle genti.

V. Le Sueur et Dreyfus, *la Nationalité*, p. 23; — Huc, v. I, n. 230.

125. La legge 26 giugno 1889 dichiara francesi talune persone, le quali precedentemente erano bensì francesi, ma avevano diritto di ripudiare tale qualità. Avrà essa effetto retroattivo, nel senso che dette persone siano private della facoltà di ricusare la cittadinanza francese?

La questione va risoluta secondo i principî generali sulla retroattività delle leggi. (V. *supra*, nn. 55 sgg.).

La legge 22 luglio 1893 dice che, nel caso dell'art. 8 § 3, la qualità di francese deve essere ripudiata entro l'anno dall'età maggiore. Qual sorte sarebbe stata riservata alle persone che avrebbero potuto invocare la legge, ma che, all'epoca della pubblicazione di questa, erano già maggiorenni? La loro condizione fu regolata dall'articolo 2 della legge ai cui termini: « Le « persone alle quali l'articolo 8 § 3 (modificato) riserva la « facoltà di eleggere la qualità di stranieri e che abbiano raggiunta l'età maggiore all'epoca della promulgazione della « presente legge, potranno reclamare la qualità stessa, soddisfacendo alle condizioni prescritte, entro il termine di un anno « dalla ripetuta promulgazione ».

I, 333

126. *Il figlio dello straniero non può godere del beneficio dell'articolo 9 del codice civile se non sia nato in Francia; nè basterebbe che ivi fosse stato soltanto concepito.*

Sic Cass. B., 7 marzo 1881, *Pasic.*, 1881, I, 146; — Aubry et Rau, v. I, § 70, p. 235, nota 2. — *Contra:* Richelot, v. I, p. 69, nota 21.

I, 334

127. *L'articolo 9 è applicabile al figlio nato in Francia da padre che non abbia patria.*

La legge francese del 26 giugno 1889 sulla nazionalità, dichiara francese il figlio nato in Francia da genitori di nazionalità sconosciuta (articolo 8, 2°, nuovo).

La legge interpretativa belga del 15 agosto 1881 stabilì che, a sensi del codice civile, è reputato cittadino belga il figlio di genitori legalmente ignoti.

Questa legge decide dunque che, secondo il codice civile, allorchè il figlio non possiede una filiazione che gli attribuisca una nazionalità, ha quella del paese in cui nacque: donde resulta che il figlio i cui genitori non hanno una patria, sarà cittadino belga se è nato nel Belgio. (V. *infra*, n. 172).

I, 335

128. *L'articolo 9 è ancora applicabile al figlio nato in Francia da genitori che vi si stabilirono coll'autorizzazione del capo dello Stato, come pure ai figli nati da genitori ignoti.*

Ugual soluzione deve accogliersi pel figlio nato in Francia da stranieri i quali abbiano stabilita la loro perpetua dimora in territorio francese.

Sic Aubry et Rau, v. I, § 70, p. 236, nota 4.

I figli nati nel Belgio od in Francia da genitori ignoti sono rispettivamente belgi o francesi. (V. *supra*, n. 118).

I, 336

129. *L'articolo 9, quando prescrive che la dichiarazione dovrà essere fatta entro l'anno successivo all'età maggiore, contempla la maggiorità stabilita dalla legge nazionale del figlio straniero e non quella determinata dalla legge francese.*

La questione è controversa.

In Francia fu risoluta, contrariamente alla teorica del Laurent, dalla legge 26 giugno 1889, ai cui termini la dichiarazione potrà

essere fatta sino all'età di 22 anni compiuti (articolo 9 nuovo; *supra*, n. 122, V).

In appoggio alla sua opinione, il Laurent osserva che, prima della dichiarazione, il figlio è straniero; che la maggiore età è uno statuto personale e deve, per conseguenza, essere regolata dalla legge nazionale del figlio.

Non possiamo associarci a questa tesi.

Il figlio nato da uno straniero è senza dubbio straniero e perciò il suo stato è retto dalla legge estera, salve le restrizioni resultanti dalle leggi di polizia e di sicurezza.

Ma la questione di stato, di cui qui si tratta, è di tal natura che la legge straniera non può regolarla: essa implica la determinazione dei requisiti per l'acquisto della cittadinanza francese; ora questi sfuggono senza dubbio all'autorità del legislatore straniero, e si sottraggono all'azione della legge da questo creata, precisamente perchè emana da lui.

Ammettere il contrario, significherebbe riconoscere al legislatore straniero il diritto di stabilire l'età in cui altri dei suoi connazionali potrebbe essere naturalizzato francese: il che renderebbe inapplicabile l'articolo 9, qualora la legge dello straniero vietasse a costui di acquistare una nuova cittadinanza. (V. *infra*, n. 179).

Pare a noi che il Laurent non abbia esaminata la questione sotto l'unico aspetto ch'essa presentava pel legislatore francese. Questi non doveva stabilire, come pensa l'illustre scrittore, il momento in cui il figlio nato in Francia da uno straniero ha capacità sufficiente per perdere la nazionalità estera; giacchè era incompetente a legiferare sovra un tal punto. Una cosa sola poteva fare: indicare le condizioni col concorso delle quali quella persona poteva divenire francese. Ciò è tanto vero, che può avvenire benissimo che lo straniero, divenuto francese in forza dell'articolo 9, conservi tuttavia, secondo la legge estera, la sua nazionalità d'origine.

La legge straniera è dunque essenzialmente inabile a stabilire la maggiore età di cui discorriamo: non rimane altro che ricercare se gli autori del codice civile abbiano voluto, coll'articolo 9, attribuire al legislatore estero quel potere che per sè medesimo non possiede.

La risposta non può essere dubbia.

La lettera dell'articolo 9 non si presta certamente a simile illazione. Il legislatore francese si è riferito alla maggiore età fissata dalla legge francese e non volle lasciare a un governo straniero la facoltà di determinare, a suo arbitrio, l'età necessaria ad una persona per divenire francese. Sarebbe stata una vera abdicazione che non è lecito imputare al legislatore in mancanza di un testo formale che ne precisi la volontà.

La giurisprudenza è in questo senso. Cass. B., 6 febbraio 1878, Sir., 1879 2, 265; *Pasic. fr.*, 1879, 1034; D. P., 1880, 2, 89; *Pasic.*, 1878, I, 93; — 8 aprile 1878, *Pasic.*, 1878, I, 398; — 13 maggio 1878, *Pasic.*, 1878, I, 310; — Cass. fr., 20 giugno 1889, D. P., 1889, 41, 281 che annulla la sentenza di Parigi, 1° dicembre 1885, D. P., 1886, 2, 169, e le note a queste diverse pronunzie; — Aubry e Rau, v. I, § 70, p. 237, nota 5.

Gli autori della legge belga 16 luglio 1889, che modifica in parte l'articolo 9, furono unanimi nel dichiarare che la maggiore età contemplata da quest'ultima disposizione era quella stabilita dal codice civile. (Svolgimento del progetto di legge del Brouckere; prima relazione al Senato del barone Surmont de Volsberghe; prima relazione del Woeste alla Camera, *Pasin.*, 1889, n. 240, p. 315, 322 e 324).

130. La legge belga del 16 luglio 1889 ha modificato l'articolo 9 del codice civile, permettendo che la dichiarazione sia fatta anche dall'interessato minorenne, purchè abbia raggiunti almeno gli anni diciotto.

Questa legge stabilisce:

« Art. 1. All'articolo 9 del codice civile sono aggiunti i pa-
« ragrafi seguenti: « La dichiarazione potrà essere fatta da
« chi abbia compiuto il diciottesimo anno, col consenso del
« padre, o, mancando questi, della madre, o, in difetto di en-
« trambi i genitori, coll'autorizzazione degli altri ascendenti, da
« darsi secondo le norme prescritte pel matrimonio nel capo I
« del titolo V del libro I.

« Art. 2. Il consenso del padre o della madre, come pure
« quello degli altri ascendenti, sarà dato o verbalmente, al
« momento della dichiarazione, ovvero per atto autentico. Nel-
« l'atto da erigersi, a prova dell'opzione, dovrà essere menzio-
« nato questo consenso o l'autorizzazione della famiglia.

« Art. 3. In caso d'indigenza, l'atto di consenso prescritto
« dagli articoli 1 e 2 potrà essere ricevuto dall'ufficiale dello

« stato civile del domicilio degli ascendenti e, all'estero, dalle « autorità competenti a ricevere simili atti, come pure dagli agenti « diplomatici, dai consoli e vice consoli del Belgio ».

I, 337 **131.** *La dichiarazione deve essere espressa, nè può supplirsi alla medesima con atti equipollenti.* (Circolare 8 giugno 1836 che stabilisce la forma della dichiarazione).

La dichiarazione che si intende di fissare il domicilio in Francia deve essere espressa. Per applicazione di questa norma, fu giudicato inefficace l'atto in cui l'interessato dichiarava che, volendo eleggersi una patria e godere del beneficio dell'art. 9 del codice civile, reclamava la qualità di cittadino belga.

Sic Cass. B., 12 febbraio 1872, *Pasic.*, 1872, I, 65; D. P., 1872, 2, 12.

Questa dichiarazione non è però soggetta a veruna formalità sacramentale e pertanto, il vedere se il dichiarante abbia espressamente manifestata l'intenzione di fissare il suo domicilio in Francia, è una semplice questione di fatto.

Sic Cass. B., 9 aprile 1890, *Pasic.*, 1890, I, 161.

Diverse circolari ministeriali vennero in argomento emanate dopo quella dell'8 giugno 1836.

La legge non impone veruna formalità e una circolare ministeriale non può aggiungere nulla alle prescrizioni legali. Se l'amministrazione comunale può ricevere la dichiarazione, non vi ha però competenza esclusiva, perchè la legge tace: può quindi reputarsi valida la dichiarazione fatta, da chi risieda all'estero, avanti a un agente diplomatico o consolare francese.

Applicando gli esposti principî, vennero giudicati regolari:

1° L'atto ricevuto dall'autorità comunale, sia del luogo in cui venne dichiarata la nascita, sia di quello in cui il reclamante manifestò l'intenzione di stabilire il suo domicilio;

2° La dichiarazione fatta dal reclamante al collegio del borgomastro e scabini del luogo di sua residenza nel Belgio, « che intendeva fissare il suo domicilio nel Belgio e reclamare « la qualità di cittadino belga, sebbene l'interessato non sia « comparso avanti l'autorità municipale e non risulti che sia « stato steso atto della sua dichiarazione ».

Sic AUBRY et RAU. v. I. § 70, p. 237, nota 6; — sul primo punto, Cass. B., 21 marzo 1883, *Pasic.*, 1883, I, 72; — 18 aprile 1882, *Pasic.*, 1882, I, 179; *Belg. jud.*, 1882, 932; — sul secondo, Cass. B., 6 dicembre 1886, *Pasic.*, 1887, I, 10.

Giova rilevare che chi intende godere del beneficio dell'articolo 9, qualora, al momento della dichiarazione, risieda all'estero, non ha mestieri di rientrare in Francia, se quivi, prima della partenza, avea già il suo stabilimento principale.

Sic Cass. B., 2 maggio 1892, *Pasicr.*, 1892, I, 234.

Se la dichiarazione della volontà di fissare il domicilio in Francia fu fatta regolarmente, ma il reclamante si trovò nella impossibilità di darvi effetto, ad esempio per essere detenuto, non si potrà imputargli l'omissione di una formalità che non era in sua facoltà di adempiere.

Sic Cass. B., 23 ottobre 1854, *Belg. jud.*, 1854, 186; *Pasic.*, 1854, I, 456.

Del resto, il figlio di straniero nato in Francia è francese non appena abbia soddisfatto le condizioni stabilite dall'articolo 9; nè occorre che domandi ed ottenga una dichiarazione di naturalità: la lettera della legge non lascia, su questo punto, adito a dubbiezze.

Sic AUBRY et RAU, v. I, § 70, p. 238.

132. In Francia, le formalità per le dichiarazioni necessarie a repudiare o ad acquistare la cittadinanza francese, sono regolate dalla legge del 26 giugno 1889 modificata da quella del 22 luglio 1893.

L'innovazione essenziale introdotta dalla legge del 1889 e confermata dalla successiva è questa: che le dichiarazioni debbono essere registrate presso il ministero della giustizia e poscia inserite nel *Bulletin des lois*. (V. l'articolo 9 [nuovo], *supra*, n. 122, V).

133. *Se la dichiarazione non sia fatta entro l'anno, il figlio decade dal diritto che gli accorda l'articolo 9; ma può chiedere la grande naturalità se dimora nel Belgio e nacque da genitori quivi domiciliati* (art. 2 della legge belga del 27 settembre 1835). I, 338

L'articolo 2 della legge belga del 27 settembre 1835 venne abrogato dalla legge del 6 agosto 1881. Questa (articolo 2) consente che invochino la grande naturalità gli stranieri nati nel Belgio e residenti nel regno, i quali abbiano trascurato di fare la dichiarazione prescritta dall'articolo 9 del codice civile.

La legge belga del 1° aprile 1879, inserta nel *Moniteur belge* del 26 aprile 1879 e pubblicata quindi il 6 marzo 1879, ammise pure a fare la loro dichiarazione entro il termine di un anno, a datare dal giorno della sua pubblicazione, i figli di uno straniero nati nel Belgio, i quali avessero trascurato di fare, dinnanzi alla competente autorità, nell'anno consecutivo alla loro età maggiore, la dichiarazione prescritta dall'articolo 9 del codice civile o avessero fatta una dichiarazione nulla od insufficiente.

Riconosce l'uguale diritto ai loro figli e discendenti maggiorenni (articolo 4, § 2); i minori potranno fare il reclamo nell'anno successivo alla maggiorità; questo diritto è personale ai discendenti i quali lo esercitano, abbiano i genitori fatta l'opzione, oppur no.

Sic su quest'ultimo punto: Cass. B., 25 maggio 1886, *Pasic.*, 1886, I, 237; — 10 aprile 1883, *Pasic.*, 1883, I, 125.

Sic, quanto alla data di pubblicazione della legge 1 aprile 1879, Cass. B., 20 aprile 1882, *Pasic.*, 1882, I, 194 e la nota; *Belg. jud.*, 1882, 1366.

L'ultima disposizione della legge del 6 agosto 1881 ha prolungato il termine a due anni, a datare dalla sua pubblicazione, per quelle fra le persone contemplate dalla legge del 1° aprile 1879, le quali, ove del caso, non si fossero sottratte agli obblighi che loro impone nel Belgio la legge militare: anche i loro discendenti fruiscono del beneficio (stessa legge).

V. Cass. B., 9 aprile 1890, *Pasic.*, 1890, I, 159; — 6 giugno 1887, *Pasic.*, 1887, I, 287.

La legge del 25 marzo 1894 ha concesso alle persone di che all'articolo 9 un ulteriore termine per fare la loro dichiarazione.

Dai lavori preparatori resulta che le disposizioni di quest'ultima legge sono la semplice riproduzione di quelle della legge

del 1° aprile 1879, modificata dall'ultimo articolo della legge del 6 agosto 1881 (v. *Pasin.* 1894, n. 132; *sic* Cass. B., 22 ottobre 1894, *Pasic.*, 1894, I, 309):

« Art. 1. Il figlio nato nel Belgio da uno straniero, il quale « non abbia fatto dinnanzi alla competente autorità, entro l'anno « successivo all'epoca della sua età maggiore, la dichiarazione « prescritta dall'articolo 9 del codice civile, o che abbia fatto « una dichiarazione nulla od insufficiente, qualora abbia sod- « disfatto, nel Belgio, ai suoi obblighi militari, sarà ammesso « ancora a fare la sua dichiarazione nel termine di due anni, a « far tempo dal giorno della pubblicazione della presente legge.

« Art. 6. I figli e i discendenti maggiorenni delle persone « alle quali è concesso di assumere la nazionalità belga, in forza « degli articoli 1 a 3, potranno reclamare la qualità di belgi « nel termine di due anni dalla pubblicazione della presente « legge, compiendo le formalità prescritte dalle leggi citate.

« I loro figli e discendenti minori potranno fare il detto re- « clamo, soddisfacendo alle stesse formalità, entro l'anno suc- « cessivo alla loro età maggiore ».

Questa legge, obbligatoria, a senso del suo articolo 7, l'indomani della pubblicazione nel *Moniteur*, apparve nel *Moniteur* del 1° aprile 1894.

134. La questione se il figlio naturale di madre belga, riconosciuto, dopo il suo ventiduesimo anno, dal padre straniero, possa ancora emettere la dichiarazione di cui all'articolo 9, verrà discussa più innanzi, insieme all'altra relativa alla nazionalità del figlio naturale riconosciuto da due persone aventi nazionalità diversa.

Abbiamo veduto che, in Francia, il riconoscimento di un figlio naturale già maggiorenne non ha effetto sulla di lui nazionalità, in forza della legge del 26 giugno 1889 (nuovo articolo 8, 1°, *supra*, n. 121).

135. *Il figlio, il quale soddisfaccia alle condizioni di cui all'articolo 9, non diventa francese che per l'avvenire.* I, 339

In Francia, la difficoltà fu risoluta in questo senso dalla legge del 26 giugno 1889 (articolo 20 nuovo).

Uguale soluzione venne accolta dalle leggi belghe che prorogarono, per talune categorie di persone, il termine stabilito dall'articolo 9 (legge del 1° aprile 1879, articolo 4; legge del 25 marzo 1894, articolo 5).

All'infuori dei casi legislativamente così regolati, la questione è pur sempre oggetto di viva controversia: la giurisprudenza francese, anteriore alla legge del 26 giugno 1889, accordava efficacia retroattiva alla dichiarazione: la giurisprudenza belga invece si pronunzia nel senso del Laurent.

Deve accogliersi la tesi insegnata nel testo?

Per attribuire alla dichiarazione un effetto retroattivo, si insiste sopratutto su ciò, che l'articolo 9 costituirebbe una transazione fra l'antico principio dello *jus soli* e il moderno principio dello *jus sanguinis*.

Che questa transazione abbia avuto luogo è certissimo, ed è anche verosimile che si sia tentato di assicurare alla persona nata in Francia tutti i vantaggi compatibili colla necessità di evitare gli inconvenienti rimproverati dal Tribunato allo *jus soli;* ma da ciò non si può conchiudere che il legislatore abbia voluto attribuire effetto retroattivo alla dichiarazione di questa persona e sostituire così una difficoltà all'altra.

Giova notare, infatti, e lo abbiamo dimostrato più sopra (n. 110), che non vi fu alcuna lotta tra i fautori dell'antico e i sostenitori del nuovo diritto; ma si discusse soltanto circa la maggiore o minore utilità della regola che attribuiva la qualità di francese alla persona nata in Francia: il principio consacrato dal codice venne ammesso, perchè sembrava il più conforme all'interesse nazionale. Ciò posto, nulla permette di contestare che il legislatore abbia da ultimo adottato il sistema proposto dal Tronchet, sin dalla presentazione del primo progetto di codice civile, e ch'egli giustificava in questi termini: « Bisogna « ancora pronunziarsi relativamente al figlio nato in Francia « da padre straniero. Il favor popolare fece sempre riguardare « costui come francese, purchè esprimesse la sua volontà d'esser « tale, mediante una formale dichiarazione... il fatto della nascita « in territorio francese non conferisce che l'attitudine ad ac- « quistare il godimento dei diritti civili; ma questo godimento « non può spettare se non a chi dichiari di accettarlo ». (Con-

siglio di Stato, seduta del 6 termidoro anno IX). Ora, è chiaro che in codesto sistema, siccome il figlio dello straniero non possiede che l'attitudine ad acquistare il godimento dei diritti civili, la di lui dichiarazione non può avere effetto retroattivo.

D'altra parte ecco che, tanto il Treilhard nell'esposizione dei motivi fatta al Corpo legislativo (seduta del 6 ventoso anno XI), quanto il Gary nel discorso pronunciato innanzi al Corpo legislativo in nome del Tribunato (seduta del 17 ventoso anno XI), insistono sulla circostanza che il figlio, nato in Francia da uno straniero, non debba essere trattato più favorevolmente del figlio di francese che perdette questa qualità: ora, la dichiarazione di costui non ha effetto retroattivo, e altrettanto quindi deve dirsi della dichiarazione del primo.

Parimenti il Gary fa rilevare « che non si può attribuire al « fatto casuale della nascita (su territorio francese) conseguenze « maggiori di quelle che, altra volta, derivavano dalle lettere « di naturalità sollecitate dallo straniero »; ora, queste ultime non avevano effetto retroattivo, come fa osservare l'oratore medesimo nel seguito del suo discorso.

Infine, il legislatore ha modificato l'antico diritto, sopprimendo l'effetto retroattivo della dichiarazione, mediante la quale il figlio dell'ex-francese ridiviene francese, e consacrò questa innovazione appunto in causa degli abusi cui dava luogo la retroattività (v. i lavori preparatorì sull'articolo 20, in ispecie il discorso del Gary): ciò posto, sarebbe al tutto inconcepibile che avesse attribuito effetto retroattivo alla dichiarazione del figlio nato da uno straniero su territorio francese.

Riguardo alla parola *reclama* usata nell'articolo 9, il Laurent fa rilevare che questa non suppone ancora, nel reclamante, il possesso, in passato, della qualità domandata, ma semplicemente il diritto a una cosa che non può essergli negata qualora sussistano i requisiti di legge; tale operazione trova conferma nelle discussioni che ebbero luogo in Francia intorno al significato dell'espressione *reclama* nell'attuale articolo 9 (legge del 26 giugno 1889).

Sic Bruxelles, 15 febbraio 1888, SCHEYVEN, v. VII, p. 41; — Bruxelles, 12 gennaio 1881, SCHEYVEN, v. IV, p. 236; — Bruxelles, 19 febbraio 1878, *Belg. jud.*, 1878, 309; — Gand, 27 febbraio 1874, *Pasic.*, 1874, II, 216; *Belg. jud.*, 1874.

648; Bruxelles, 8 gennaio 1872, *Pasic.*, 1872, I, 65; D. P., 1872, 2, 12; — Alger, 2 dicembre 1886, Sir., 1887, 2, 5; *J. Pal.*, 1887, 86; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Droits civils*, n. 99; — Alauzet, *De la qualité de Français*, p. 19 sgg.; — Cogordan, p. 81; — De Folleville, n. 161; — Fœlix e Demangeat, v. I, p. 41; — Brocher, v. I, p. 215 sgg.; — Baudry-Lacantinerie, *Principes de droit civil*, v. I, n. 182.

Contra: Cass. fr., 29 dicembre 1885, D. P., 1886, 1, 369; Sir., 1886, 1, 106: *J. Pal.*, 1886, 1, 241; — Corte d'assise del Nord, 3 agosto 1877, Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Droits civils*, n. 99; — Faider, in nota, *Pasic.*, 1872, I, 69; — Arntz, v. I, n. 96; — Fétis, *Dissert.*, *Belg. jud.*, 1860, 66; — Massart, *Commentaire de la loi du 25 ventôse an* xi, p. 549; — Aubry e Rau, v. I, § 70, p. 238, nota 10.

V. *Pand. Belges*, v. *Belge*, n. 136, 137, 526 sgg. — Comp. Aix, 7 febbraio 1885, Sir., 1885, 2, 137, *J. Pal.*, 1885, 1, 801.

V. in Locré, v. I, p. 349, n. 3; p. 465, n. 4; p. 474, n. 6; p. 473, n. 4; p. 477, n. 17, i lavori preparatori del codice civile esaminati qui sopra.

136. Il figlio nato in Francia da uno straniero, qualora sia stato dichiarato francese, per applicazione dell'attuale articolo 8, 4° (*supra*, n. 122, IV), deve, durante la minore età, reputarsi francese. La questione è sorta pel motivo che l'articolo 8, 4° non dice che quel figlio acquista la qualita di francese, ma bensì che è francese.

La soluzione deve essere negativa.

La legge subordina l'attribuzione della cittadinanza francese a costui a una duplice condizione: egli deve anzitutto essere nato in Francia; per di più, trovarsi ivi domiciliato all'epoca della sua maggiorità. Solo dunque in questo momento può riunire i requisiti voluti dalla legge, e quindi non potrebbe essere francese prima di tal'epoca.

È un errore, si dice. La legge lo dichiara francese fin dalla nascita, ma subordina questa qualità a una condizione risolutiva: giunto all'età maggiore, egli può declinare la cittadinanza francese, e, se lo fa, dovrà, per l'effetto retroattivo della condizione, considerarsi come se non fosse mai stato francese.

Questa obbiezione è contraria alla lettera della legge, la quale non dichiara francese il figlio nato in Francia da uno straniero se non nel caso in cui sia quivi domiciliato al tempo della sua maggiorità: essa stabilisce dunque la nazionalità contemplando il momento in cui il figlio diviene maggiorenne e non quello della sua nascita.

L'articolo 9 comprova l'esattezza della nostra soluzione. Esso dice, infatti, che il figlio minore, nato in Francia da uno straniero, può reclamare la qualità di francese mediante una dichiarazione fatta dal padre in di lui nome: è chiaro dunque che durante la minorità non è francese.

Sic Cass. fr., 22 dicembre 1894, *la Loi*, 12 aprile 1895; *J. Pal.*, Sir., e *Pasic. fr.*, 1895, I, 155; — 19 dicembre 1891, D. P., 1893, 1, 329; *Pasic. fr.*, e Sir., 1892, I, 107, e la nota; — Parigi, 29 giugno 1893, Sir., e *Pasic. fr.*, 1891, 2, 303; Le Sueur e Dreyfus, *la Nationalité*, p. 161.

È da osservare peraltro che la persona nata in Francia da stranieri nati all'estero, è francese dall'epoca della sua maggiorità se a quest'epoca ha domicilio in Francia. Tale qualità gli spetta di pien diritto, nè può perderla se non facendo la dichiarazione voluta dalla legge, nel qual caso vien considerato come un francese che abbia perduto la cittadinanza (articolo 17, 2° e v. *infra*, n. 196). Per questo riguardo può dirsi, come notò il relatore della legge alla Camera dei deputati, che la qualità di francese appartiene all'individuo di cui si tratta per effetto della di lui nascita in suolo francese.

Ma se, giunto all'età maggiore, non soddisfa alle condizioni del domicilio, rimane straniero, anche se non risiede in Francia contro volontà, ad esempio perchè fu espulso dal territorio francese.

Sic Cass. fr., 22 dicembre 1894, *la Loi*, 12 aprile 1895, *J. Pal.*, Sir., e *Pasic. fr.*, 1895, 1, 155 e cfr. la nota (1).

V. in Sir., *Lois annotées*, serie 10, note 9-10, p. 580, le parole del Dubost, relatore alla Camera.

187. L'adempimento della condizione di domicilio contemplata dall'articolo 8, 4°, ha effetto retroattivo, in guisa che l'individuo rimasto straniero fino all'età maggiore, se a quest'epoca ha domicilio in Francia, debba essere considerato come francese a far tempo dalla nascita?

Non lo crediamo.

(1) In un'opera di diritto civile non possiamo discutere la questione se il governo abbia diritto di espellere la persona che si trova nel caso contemplato dall'articolo 8, 4° attuale e di metterla così nell'impossibilità di soddisfare alla condizione di domicilio contemplata da questa disposizione.

Il principio della retroattività delle condizioni, stabilito riguardo alle obbligazioni (articolo 1179 del codice civile) e conseguentemente estraneo alla nostra materia, non può essere qui invocato.

La legge si limita a dire che sarà francese la persona la quale riunirà, ad epoca determinata, certe condizioni. Non vi ha motivo per ritenere che, avendo detta persona soddisfatto a queste condizioni nel momento fissato, debba considerarsi come se fosse stata sempre francese. Si verrebbe così a consacrare una finzione di cui la legge non parla e che tuttavia non potrebbe esistere se non in quanto fosse stata creata dalla legge.

Verissimo che l'articolo 20 dichiara in modo espresso che in taluni casi ivi stabiliti, l'acquisto della nazionalità francese non avrà effetto retroattivo, e non contempla l'articolo 8, 4°. Ma questa circostanza non ha alcun valore e risulta unicamente da ciò, che al tempo in cui venne redatto l'articolo 20, l'articolo 8, 4° non esisteva ancora e il solo articolo 9 conteneva le regole relative al figlio nato in Francia da uno straniero.

D'altronde sarebbe incomprensibile che l'acquisto della nazionalità francese avesse effetto retroattivo nell' articolo 8, 4°, mentre non l'ha nella ipotesi preveduta dall'articolo 9.

Può darsi, invero, che l'individuo nato in Francia da uno straniero nato all'estero, sia divenuto francese prima dell'età maggiore, per essersi fatta in di lui nome la dichiarazione contemplata nell'articolo 9; questa non avrà prodotto effetto retroattivo (articolo 20). Se a 21 anni l'istessa persona è domiciliata in Francia, certamente, in causa di questo fatto, essa, che fino allora non era stata francese se non dal momento della dichiarazione, non potrà essere reputata come francese dalla nascita; posto ciò, è chiaro che l'istesso fatto non avrà potuto produrre diverso effetto se, in luogo di divenir francese durante la minorità, il figlio avrà la cittadinanza soltanto dopo l'età maggiore.

Sic Le Sueur e Dreyfus, *la Nationalité*, p. 164.

N. 4. Del figlio nato da un francese che abbia perduto tale qualità.

I 340-341 **138.** *Se il figlio nasce prima che il padre perda la qualità di francese, è francese; se nasce dopo, potrà acquistare la na–*

zionalità francese soddisfacendo alle condizioni richieste nell'articolo 9 (articolo 10). Questo privilegio gli è accordato in favore della sua origine: in causa di ciò la legge dice che ricupera la cittadinanza francese e non che l'acquista. Il figlio può allora invocare la massima che attribuisce al concepimento uguale effetto che alla nascita.

La questione se la massima possa essere invocata dal figlio concepito prima che il padre abbia rinunziato alla propria nazionalità, deve essere risolta nei sensi ammessi *supra* al n. 116.

In Francia, per virtù dell'articolo 10, il beneficio di questa disposizione non può però essere reclamato dalla persona domiciliata in Francia, la quale, chiamata sotto le bandiere all'epoca della sua maggiorità, abbia rivendicata la qualità di straniero.

Tale decadenza non può peraltro colpire colui il quale, durante l'età minore, abbia chiesto, come straniero, di essere escluso dal reclutamento in Francia.

Sic Cass. fr., 25 ottobre 1891, Sir., 1891, 1, 537; D. P., 1892, 1, 41. — Douai, 9 luglio 1890, Sir. e *Pasic. fr.*, 1892, 2, 272.

139. L'articolo 10 è applicabile al figlio di un francese il quale abbia perduta questa qualità in seguito a uno smembramento territoriale?

Sì, senza dubbio: il testo non fa alcuna distinzione e il distinguere sarebbe in aperto contrasto coi motivi che suffragano la legge. Questa accorda un privilegio al figlio straniero il quale può invocare il favore della sua origine francese. Ora, qualunque sia la causa della perdita della cittadinanza da parte del padre, l'origine francese del figlio sussiste pur sempre, e se il padre ha mutata nazionalità contro il voler suo, ragione di più per prendere in maggior considerazione tale origine. (V. le osservazioni di Regnaud de Saint-Jean d'Angély al Consiglio di Stato, seduta del 6 termidoro anno IX).

Contuttociò la giurisprudenza belga accoglie l'opinione contraria, fondandosi particolarmente sui lavori preparatori.

Certo che, nel corso di questi, si è fatta questione sopratutto del figlio del francese il quale abbia abbandonata la sua nazionalità spontaneamente, ed è ammissibile che si sia dedotta da

ciò l'inapplicabilità dell'articolo 10 al figlio del francese spogliato della sua cittadinanza suo malgrado. Ma, da un diligente esame delle discussioni, si evince che queste non sono abbastanza esplicite per consentire d'introdurre nella legge una restrizione, che la mente del legislatore ha rigettata. Sembra infatti che gli autori del codice abbiano considerato col Pothier che i cittadini appartenenti alle provincie cedute perdevano volontariamente la loro nazionalità, dal momento che era in loro facoltà il conservarla venendo a stabilirsi in una provincia non ceduta. « Dappoichè essi non perderebbero » insegna il Pothier « la qualità di cittadini già quesita, continuando a risiedere « nella provincia staccata, se non pel motivo che sarebbero « passati sotto un dominio straniero e riconoscerebbero un altro « sovrano, ne viene che, qualora rimangano sempre sotto « l'istesso governo e riconoscano il medesimo sovrano, conti- « nuano ad essere cittadini » (*Traité des personnes*, parte 1ª, tit. II, sez. I, censurato dal LAURENT, v. I, n. 361. V. le osservazioni del Primo Console al Consiglio di Stato, seduta del 14 termidoro anno IX).

Nella maggior parte dei casi, d'altronde, la sorte di questi figli è regolata da leggi speciali.

I passi dei lavori preparatori citati qui sopra si trovano riferiti in LOCRÉ, v. I, p. 351, n. 7; p. 361, n. 4; p. 365, n. 22.

V. nel senso nostro Cass. fr., 26 ottobre 1891, SIR., 1891, 1, 537 e la nota; D. P., 1892, 1, 41; — Douai, 3 luglio 1889, SIR., 1890, 2, 229 e la nota; *Pand. fr.*, 1890, V, 46; — HUC, t. I, n. 263; — LE SUEUR e DREYFUS, *la Nationalité*, p. 141.

Cfr. DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Droits civils*, n. 104; — *infra*, n. 202.

Contra: Cass. B., 13 maggio 1889, *Pasic.*, 1889, I, 218; *Pand. pér. belges*, 1889, p. 1694; — 2 maggio 1887, *Pasic.*, 1887, I, 223.

140. È applicabile l'articolo 10 al figlio nato da uno straniero il quale, dopo essere stato naturalizzato francese, sia ridivenuto straniero?

L'affermativa ne sembra sicura.

Lo straniero naturalizzato è francese: se più tardi ritorna straniero, suo figlio, nato dopo questo nuovo cambiamento di nazionalità, è evidentemente nato da un francese che perdette la cittadinanza.

Sic DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Droits civils*, n. 104.

141. *Il figlio di un francese che perdette la cittadinanza può sempre, dopo la maggiore età, ridivenire francese.* I, 342

L'età maggiore si determina secondo la legge straniera.

Sul primo punto: *Sic* AUBRY e RAU, t. I, § 70, n. 240, nota 15; DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Droits civils*, n. 101. — *Contra:* GUICHARD, *Tr. des Droits civils*, t. I, n. 70; — DELVINCOURT, t. I, p. 23, n. 6. Questi scrittori insegnano che il figlio può fare la dichiarazione durante la minorità.

Sul secondo punto v. *supra*, n. 129.

La legge belga del 16 luglio 1889 ha modificato l'articolo 9 del codice civile, e ammesso che la dichiarazione possa farsi dai 18 anni, mediante determinate condizioni (*supra*, n. 130). L'articolo 10 del codice si riferisce all'articolo 9; conseguentemente la dichiarazione ivi preveduta potrà essere quindi innanzi fatta all'età di 18 anni.

Questa soluzione che sgorga dal testo medesimo dell'art. 10, resulta del pari dai motivi della legge del 1889, la quale ebbe per movente il desiderio di far scomparire gli svantaggi che procurava, agli stranieri aventi diritto di optare per la nazionalità belga, l'obbligo di attendere la maggiorità per tale bisogna. Ora, questo inconveniente esiste tanto per gli stranieri la cui condizione è contemplata dall'articolo 10, quanto per gli altri di cui si occupa l'articolo 9.

Questa conseguenza della nuova legge venne formalmente indicata dal De Brouckere, che ebbe l'iniziativa della legge del 1889. « È opportuno far rilevare che tutti coloro i quali si « trovano nella ipotesi dell'articolo 10 vedranno sensibilmente « migliorata la loro posizione, poichè essi pure potranno, giunti « agli anni 18, dichiarare l'opzione. Per verità, l'espressione « *sempre*, contenuta in questo articolo, viene interpretata nel « senso che la dichiarazione può farsi dal momento in cui « l'interessato è divenuto abile ad emetterla, giusta l'articolo 9 ».

La legge francese del 26 giugno 1889 (attuale articolo 10) dispone che l'interessato potrà, alle condizioni stabilite dall'articolo 9, reclamare la nazionalità francese a qualunque età, e quindi anche mentre è tuttavia minorenne.

Sic sull'ultimo punto, LE SUEUR e DREYFUS, *la Nationalité*, p. 143; — DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Droits civils*, n. 102.

Il brano citato del discorso del De Brouckere si trova riferito nella *Pasinomie*, 1889, p. 321.

I, 343 **142.** *Il figlio nato in Francia da un francese che abbia perduta la cittadinanza gode del beneficio dell'articolo 10.*

Sic Cass. B., 24 febbraio 1874, *Pasic.*, 1874, I, 130; Sir., 1874, 2, 233; *J. Pal.*, 1874, 1011; D. P., 1875, 2, 147.

La legge francese del 26 giugno 1889 (attuale articolo 10) lo dichiara esplicitamente.

Il figlio potrà pure giovarsi dell'articolo 9; per di più, in Francia saranno applicabili in di lui favore gli articoli 8 (nuovo), 3° e 4° e l'articolo 18 (nuovo).

Sic Aubry e Rau, t. I, § 70, p. 241. V. *supra* n. 122 e *infra* n. 209.

I. 344 **143.** *L'articolo 10 si applica al figlio nato da donna francese maritata ad uno straniero.*

In Francia, la controversia su tale questione venne risoluta dalla legge del 26 giugno 1889. L'articolo 10 (nuovo) dispone: « Il figlio nato in Francia o all'estero da genitori l'uno dei « quali perdette la cittadinanza francese, potrà reclamare questa « qualità a qualsiasi età, ferme stando le condizioni stabilite « dall'articolo 9... ».

A buon diritto la giurisprudenza belga respinge l'opinione consacrata nel testo.

Il legislatore ha considerato che il matrimonio con uno straniero deve far perdere alla donna francese la sua nazionalità: non è ammissibile che abbia deciso insieme che questo matrimonio, da cui deriva per la madre la perdita della cittadinanza, attribuisca al figlio un privilegio per divenire francese.

Il codice volle favorire il figlio che sarebbe stato francese se quello fra i suoi genitori, del quale egli deve assumere la nazionalità, non avesse cessato di esserlo: ora, il figlio ha la nazionalità del padre, e quindi l'articolo 10 si riferisce esclusivamente alla cittadinanza di quest'ultimo (*supra*, n. 115).

Gli è per tal motivo che, nel corso dei lavori preparatorî, gli oratori fecero menzione esclusivamente della mutazione di nazionalità del padre e che, nella sua relazione al Tribunato, il Siméon dichiarò che l'art. 3, alinea 2° del progetto (10, alinea 2°)

non doveva applicarsi se non alla perdita dei diritti civili pei fatti contemplati dagli articoli 21 e 25 del progetto (articoli 17 e 21).

Questa distinzione fra padre e madre è, al postutto, assolutamente logica: chi, infatti, imprime alla comunione coniugale la sua nazionalità è il padre; la famiglia che egli costituisce avrà la nazionalità della famiglia di lui, i suoi avi saranno quelli del figlio nascituro ed è in contemplazione di questi che viene concesso al figlio un privilegio.

« Come potrà mai (si disse) riacquistare (il figlio nato da « un francese) una qualità che suo padre, il quale l'aveva per- « duta, non era in grado di trasmettergli? Si sarebbe dovuto « usare il verbo acquistare e non ricuperare (recouvrer).

« No: lo straniero acquisterà, ma l'originario francese ricu- « pererà. Il padre ha potuto perdere la cittadinanza, ma non « ha minimamente alterato il sangue francese che scorre nelle « vene del figliuolo, come non potè togliergli gli avi; e se mai « il figlio, migliore del padre, vuol ritornare in patria, questa « gli aprirà le braccia ». (Relazione Siméon).

E ciò fa manifesto l'errore dei partigiani della contraria opinione allorchè osservano: il figlio di donna già francese ha origine francese al pari del figlio di un uomo già francese; nelle vene di entrambi scorre sangue francese; l'uno e l'altro pertanto debbono essere trattati alla medesima stregua. Per gli autori del codice civile, il figlio di una francese non è di origine francese, perchè il solo padre determina la nazionalità derivante dalla filiazione. Se, materialmente, così il figlio della donna come quello dell'uomo ex-francesi hanno sangue francese nelle vene, tuttavia il legislatore non doveva tenerne conto per l'istessa ragione in forza della quale ha deciso che il francese, sposando una straniera, la rende francese, mentre la donna che si marita ad uno straniero, cessa d'essere cittadina.

Sic Cass. B., 24 febbraio 1874, e Bruxelles 19 gennaio 1874. Sir., 1874, 2, 233; *Pasic. fr.*, 1874, 1011; D. P., 1875, 2, 147; *Belg. jud.*, 1874, 456; *Pasic.*, 1874, I, 130, e II, 36; — Alauzet, *Qual. de Franç.* n. 31.

Contra: Bruxelles, 20 gennaio 1874, in Cass. B., *Pasic.*, 1874, I, 132, in nota; Sir.. 1874, 2, 223; D. P., 1875, 2, 147; — Douai, 16 aprile 1889, *Pasic. fr.* 1889, II, 132; Sir., 1890, 2, 212; D. P., 1890, 2, 57 e la nota; — Aubry e Rau, t. I, § 70, p. 241, nota 17.

V. in Locré, v. I, i lavori preparatori sull'articolo 10, principalmente la relazione Siméon, p. 431, n. 4.

144. In Francia, per virtù del disposto dell'attuale articolo 10 (v. al numero precedente) è certo che il figlio nato in Francia da madre già francese può invocare l'articolo 10.

Nonostante il matrimonio con uno straniero, la donna francese può aver conservata la propria cittadinanza, perchè, a termini dell'attuale articolo 19, non perde questa come conseguenza delle nozze se non in quanto le medesime abbiano per effetto l'acquisto, da parte sua, della nazionalità del marito. Se rimane francese, i suoi figli potranno invocare l'articolo 10?

Ad onta del suo tenore letterale, pare a noi che la disposizione sia applicabile. Essa trova ragione nel favore dovuto all'origine francese della madre: sarebbe assurdo arguirne l'applicazione pel motivo che la madre, anzichè perdere la cittadinanza francese, l'ha conservata.

Sic Le Sueur et Dreyfus, *la Nationalité*, p. 140.

145. La donna straniera, figlia di un ex-francese, la quale sia passata a matrimonio con uno straniero, può invocare l'articolo 10?

No, senza dubbio: per ammettere il contrario bisognerebbe violare l'articolo 19 del codice civile ed attribuire alla figlia dell'ex-francese maggiori diritti che a quella di chi ha conservato la nazionalità.

Sic Dall., *Rép., Supp.*, v. *Droits civils*, n. 103. — *Contra:* De Folleville, n. 210.

I, 345 **146**. *Soltanto i figli in primo grado profittano del beneficio dell'articolo 10 § 2.*

I, 346-347 **147**. *Il figlio che fa la dichiarazione prescritta dall'art. 10 diviene francese di pien diritto e fruisce di tutti i diritti dei cittadini francesi, ma solo per l'avvenire.*

Sic Aubry e Rau, t. I, § 70, p. 241; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Droits civils*, nn. 102 e 108.

N. 5. Della donna straniera che sposa un francese.

I, 348 **148**. *Essa diviene francese pel semplice fatto del matrimonio nè le è concesso di manifestare una volontà contraria.*

Sic AUBRY e RAU, t. I, § 73, p. 266; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Droits civils*, n. 111.

Si discute se la donna straniera divenga cittadina francese per effetto di un matrimonio nullo.

Essendo il mutamento di nazionalità una delle conseguenze delle nozze, sono applicabili in questa materia le regole che concernono gli effetti del matrimonio nullo in generale.

V. AUBRY e RAU, v. I, § 73, p. 266; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Droits civils*, n. 112 e le antorità citate ivi.

149. *Non produce effetto sulla nazionalità della moglie il cangiamento volontario di nazionalità da parte del marito, durante il matrimonio.* I, 349.

La donna che muta nazionalità passando a seconde nozze, non diventa francese se non dal giorno della celebrazione del matrimonio.

Quanto al primo punto v. *supra*, n. 112.

N. 6. DELLA NATURALIZZAZIONE.

150. *Legge belga del 27 settembre 1835 sulla naturalizzazione.* I 350-351.

Questa legge, eccezion fatta per gli articoli 14, 15 e 16, è attualmente abrogata: la sostituisce la legge del 6 agosto 1881, modificata dall'articolo 2 di quella del 16 luglio 1889.

Nel Belgio si distingue fra naturalizzazione ordinaria e grande naturalizzazione.

« La naturalizzazione ordinaria conferisce allo straniero i
« diritti civili e politici annessi alla qualità di cittadino belga,
« eccettuati i diritti politici, per l'esercizio dei quali la Costi-
« tuzione o le leggi esigono la grande naturalità (legge del 6
« agosto 1881, articolo 1°).

« Per ottenere la grande naturalizzazione occorre: 1° avere
« l'età di 25 anni compiuti; 2° essere coniugati od avere uno
« o più figli nati da legittimo matrimonio; 3° aver risieduto
« nel Belgio dieci anni almeno.

« Cinque anni, anzichè dieci, saranno sufficienti per lo stra-
« niero il quale sia passato a nozze nel Belgio od abbia uno
« o più figli dal suo matrimonio con una belga.

« La grande naturalità non potrà essere concessa agli stra-
« nieri non coniugati, o vedovi senza figli, se non quando ab-
« biano raggiunti i cinquant'anni di età e abbiano risieduto
« nel Belgio durante quindici anni.

« Potrà però essere accordata, senza altre condizioni, per
« eminenti servigi resi allo Stato.

« Gli stranieri regnicoli, nati nel Belgio, i quali abbiano tra-
« scurato di fare la dichiarazione prescritta dall'articolo 9 del
« codice civile, possono chiedere la grande naturalità, senza
« osservare le condizioni prescritte nei §§ 1, 2 e 3 del presente
« articolo (stessa legge, articolo 2).

« Fuori del caso preveduto dall'articolo 4, la naturalizzazione
« ordinaria non può esser concessa se non a coloro i quali
« abbiano compiuto gli anni ventuno, e risieduto nel Belgio per
« cinque anni » (stessa legge, articolo 3).

151. In Francia, questa materia è regolata dalla legge del 26 giugno 1889 e dal decreto del 13 agosto 1889 che specifica le formalità necessarie per ottenere la naturalizzazione.

A sensi della legge del 26 giugno 1889 (art. 8 nuovo), ogni francese gode dei diritti civili; sono francesi gli stranieri naturalizzati e possono essere naturalizzati:

« 1° Gli stranieri che ottennero l'autorizzazione a stabilire il
« loro domicilio in Francia conformemente al successivo arti-
« colo 13, dopo tre anni di domicilio in Francia, a far tempo
« dalla registrazione della loro domanda presso il ministero
« della giustizia;

« 2° Gli stranieri che giustifichino una residenza non inter-
« rotta durante due anni.

« È equiparata alla residenza in Francia la dimora in paese
« estero per l'esercizio di una funzione conferita dal governo
« francese;

« 3° Gli stranieri ammessi a stabilire il loro domicilio in
« Francia, dopo un anno, se abbiano reso importanti servigi
« alla nazione, se siansi distinti per ingegno preclaro, od ab-
« biano introdotto in Francia un'industria, o invenzioni utili,
« ovvero creati stabilimenti industriali o d'altra specie, o pro-
« mossa l'agricoltura, od abbiano prestato, a qualunque titolo,
« servizio militare nelle colonie e nei protettorati francesi.

« 4° Lo straniero che abbia sposato una francese, esso pure « dopo un anno di domicilio colla debita autorizzazione.

« Sulla domanda di naturalizzazione si provvede con decreto, « dopo un'inchiesta sulla moralità dello straniero ».

In forza del nuovo articolo 13, nel caso di morte dello straniero prima della naturalizzazione, l'autorizzazione accordata e il tempo per cui durò successivamente la residenza in Francia del defunto, gioveranno alla di lui vedova o ai figli che erano in età minore all'epoca in cui fu emesso il decreto di autorizzazione.

Quantunque la legge non lo dichiari in modo espresso, bisogna ammettere che lo straniero, per ottenere la naturalità, dev'essere maggiorenne a termini della legge francese. Questa soluzione è conforme ai principî sulla materia e nulla prova che il legislatore del 1889 abbia inteso di derogarvi.

Sic Huc, n. 237; Le Sueur e Dreyfus, *la Nationalité*, p. 69 sgg.

In causa delle generiche espressioni usate dalla legge, questa regola non è, peraltro, applicabile alla donna naturalizzata francese col decreto che naturalizza il marito (articolo 2).

Sic Le Sueur e Dreyfus, *la Nationalité*, p. 73.

Gli effetti della naturalizzazione sono determinati dall'articolo 3 della legge.

« Lo straniero naturalizzato gode di tutti i diritti civili e « politici annessi alla qualità di cittadino francese. Tuttavia « esso non è eleggibile alle assemblee legislative prima di « dieci anni dalla data del decreto di naturalizzazione, salvochè « una legge speciale non abroghi questo termine. Il termine « potrà peraltro essere ridotto ad un anno.

« I francesi che ricuperano la cittadinanza perduta, acqui- « stano immediatamente tutti i diritti civili e politici compresa « l'eleggibilità alle assemblee legislative ».

152. *La naturalizzazione non giova di diritto ai figli nati all'epoca in cui viene concessa al padre. Il figlio nato da un padre che ottenne la naturalità ordinaria, non ha che i diritti alla medesima inerenti.* I, 352.

Contrariamente all'opinione espressa qui sopra, fu giudicato che il figlio, nato dopo che il padre ottenne la naturalità ordinaria, gode della pienezza dei diritti politici.

Il padre di questo figlio ha, infatti, cessato di essere straniero e divenne belga; il figlio nacque da padre belga ed è quindi cittadino belga.

L'errore del Laurent dipende da ciò che egli reputa a torto che lo straniero, il quale ottenne la naturalizzazione ordinaria, non abbia acquistata la cittadinanza belga, sia ancora straniero e non possa trasmettere più che i diritti di cui fruisce egli stesso.

Sic Cass. B., 4 aprile 1892, *Pasic.*, 1892, I, 151 e la nota.

In forza della legge belga « la naturalizzazione del padre « conferisce ai figli minorenni la facoltà di godere dello stesso « beneficio, purchè entro l'anno dalla maggiorità dichiarino « dinnanzi all'autorità municipale del luogo in cui hanno do- « micilio o residenza, conformemente all'articolo 8, la loro in- « tenzione di fruire dei vantaggi della presente disposizione.

« Tale dichiarazione potrà essere fatta all'età di 18 anni « compiuti, tanto dalle persone sopramenzionate, quanto da « coloro i quali, per virtù delle vigenti leggi, abbiano diritto « d'optare, giunti all' età maggiore, per la nazionalità belga, « col consenso del padre, o in sua mancanza, della madre, o, « in difetto di entrambi i genitori, coll' autorizzazione degli « altri ascendenti o della famiglia, concessa secondo le norme « prescritte pel matrimonio nel capo I del titolo V del libro I « del codice civile.

« Il consenso del padre o della madre, come quello degli altri « ascendenti, sarà dato, sia verbalmente all'atto della dichia- « razione, sia in forma autentica.

« Nell'atto che constata l'opzione dovrà essere fatta espressa « menzione di questo consenso o dell'autorizzazione della fa- « miglia.

« I figli e discendenti maggiorenni della persona che con- « seguì la naturalizzazione possono ottenere lo stesso beneficio « senza necessità di soddisfare alle condizioni richieste dagli « articoli 2 e 3 della presente legge.

« Se il padre è defunto, la naturalizzazione della madre pro-
« cura ai di lei figli o discendenti tutti i vantaggi specificati
« in questo articolo » (art. 4, modificato dalla legge 16 luglio
« 1889).

La legge del 25 marzo 1894 (articolo 4) concesse un nuovo termine di due anni dal giorno della sua pubblicazione perchè facessero la loro dichiarazione coloro i quali avessero trascurato di farla entro l'anno dalla maggiorità o ne avessero fatta una nulla od insufficiente.

La giurisprudenza belga ritiene applicabile il principio *Puer conceptus pro nato habetur* al figlio di uno straniero naturalizzato e ne trae la conseguenza che il figlio nato nel Belgio da uno straniero naturalizzato solo in epoca posteriore al concepimento, ha facoltà di optare per la nazionalità d'origine.

Cass. B., 24 aprile 1893; *Pand. pér. belges*, 1893, n. 1490; *Pasic.*, 1893, I, 192; — 18 aprile 1887, *Pasic.*, 1887, I, 180; *Belg. jud.*, 1887, 1157; — 9 luglio 1883, *Pasic.*, 1883, I, 304; *Belg. jud.*, 1883, 872; *J. Trib.*, 1883, p. 487; — 5 marzo 1877, *Pasic.*, 1877, I, 139; — 28 febbraio 1881, *Pasic.*. 1881, I, 134; *Belg. jud.*, 1881, 426; — *Pand. Belges*, v. *Annexion*, n. 44; — Arntz, t. I, n. 86.

Cfr. *supra*, n. 116; — circa la data di pubblicazione della legge 25 marzo 1894, *supra*, n. 133, *in fine*.

158. In Francia, la legge del 26 giugno 1889 (nuovo art. 12) dispone:

« . . . I figli maggiorenni dello straniero naturalizzato po-
« tranno, dietro loro domanda, conseguire la qualità di fran-
« cesi, indipendentemente da ogni condizione di residenza, sia
« col decreto che conferisce questa qualità... al padre o alla
« madre loro, sia come conseguenza della dichiarazione che
« essi faranno nei termini e sotto le condizioni dell'articolo 9.

« Divengono cittadini francesi i figli minorenni del genitore
« superstite il quale si faccia naturalizzare francese, salvo che,
« entro l'anno dalla loro età maggiore, non declinino tale qualità
« conformandosi alle disposizioni dell'articolo 8, § 4 ».

L'ultimo paragrafo non contempla letteralmente che i figli minorenni di genitori l'uno dei quali si sia reso defunto. È forza tuttavia ammettere che questa disposizione sia applicabile anche ai figli minori di padre naturalizzato francese mentre la madre era ancora vivente. Non vi ha, infatti, motivo di stabilire una

differenza, dappoichè la vedovanza non modifica punto, sotto questo riguardo, i diritti che derivano dalla patria potestà. Simile conclusione risulta limpidamente dai lavori preparatori.

V. D. P., 1889, 4, 67, nota 2; — SIR., *Lois annotées*, 1886-1890, p. 583, nota 33.

154. Quali effetti produce, rispetto alla moglie, la naturalizzazione ottenuta dal marito?

Nel Belgio, nessuno.

In Francia, l'articolo 12 (nuovo) attribuisce alla moglie dello straniero che consegue la naturalità francese, la facoltà di divenire cittadina francese alle condizioni stabilite pel figlio minore dello straniero naturalizzato.

V. *supra*, n. 153.

155. Il codice civile e la nuova legislazione francese sulla nazionalità attribuiscono di pien diritto e senza necessità di una legge o di un decreto la qualità di francese alle persone che soddisfino a determinate condizioni o compiano talune formalità.

Saranno applicabili alla moglie ed ai figli di coloro che divengono francesi in tal modo, le disposizioni di legge relative alla moglie ed ai figli dello straniero naturalizzato? (legge belga del 6 agosto 1881, articolo 4; articolo 12 nuovo; *supra*, nn. 151-154).

Nel Belgio sembra che il legislatore sia da tempo convinto dell'applicabilità di queste disposizioni. Infatti, l'articolo 4 della legge del 1° aprile 1879, l'ultima norma della legge del 6 agosto 1881, l'articolo 6 della legge del 25 marzo 1894, accordano ai figli e discendenti di coloro i quali abbiano trascurato di fare, entro il termine legale, la dichiarazione prescritta dall'articolo 9 del codice civile, il diritto di divenire cittadini belgi emettendo detta dichiarazione. Donde pare resulti che il legislatore abbia pensato che se il genitore interessato avesse fatta la sua dichiarazione all'epoca stabilita, il figlio nato antecedentemente troverebbe agevolata la via a divenire belga. Ciò ebbe, d'altronde, a dichiarare in modo esplicito, quando fu discussa la legge del 16 luglio 1889, il Woeste, nella relazione alla Camera dei rappresentanti in nome della sezione centrale: « I figli nati da

« uno straniero prima che questo abbia dichiarato l'opzione....
« saranno stranieri, a differenza di quelli che nasceranno dopo.
« Ma anch'essi avranno il diritto di scelta quando siano giunti
« all'età di 18 anni, e in tal guisa potrà essere stabilita l'unità
« della famiglia nei rapporti della nazionalità ».

Malgrado l'autorità di queste dichiarazioni e dei precedenti legislativi, noi crediamo che nessuna legge belga dispensa dall'osservare le formalità imposte a qualsiasi straniero, i figli dello straniero divenuto belga per effetto d'una semplice dichiarazione.

L'articolo 4 della legge sulla naturalizzazione si occupa, è vero, della condizione dei discendenti di chi ottenne la naturalizzazione. Questa parola *naturalizzazione* può, senza dubbio, presentare due significati: l'uno più ampio che comprende tutti gli stranieri divenuti cittadini del Belgio; l'altro più ristretto che si applica soltanto agli stranieri divenuti belgi conformemente alla legge sulla naturalizzazione. Ma è certo che in tale ultimo senso si deve interpretarla nell'articolo 4, il quale è posto nella legge sulla naturalizzazione propriamente detta e continua e completa le disposizioni che lo precedono. Ne viene che il vocabolo *naturalizzazione* va inteso nel significato ristretto che ha nei tre primi articoli.

Non è dunque applicabile l'articolo 4 della legge sulla naturalizzazione; e poichè nessuna norma legislativa belga contempla i figli dello straniero divenuto belga per effetto della semplice dichiarazione, costoro debbono essere equiparati, riguardo all'acquisto della cittadinanza belga, a qualunque altro straniero.

V. nella *Pasic*, 1889, p. 326, la relazione Woeste.

In Francia, sotto l'impero del codice civile modificato dalla legge del 26 giugno 1889, la questione dev'essere risoluta diversamente. Bisogna ammettere che il nuovo articolo 12 è applicabile tanto ai figli dello straniero divenuto francese per effetto di una speciale disposizione della legge, quanto ai figli del naturalizzato propriamente detto.

I lavori preparatorî attestano che all'articolo 12 il legislatore volle, in quanto fosse possibile, stabilire l'unità della cittadinanza fra i membri di una sola famiglia. Questo concetto fu

espresso, fin dall'inizio della discussione, dal commissario del governo, Camillo Sée: « Matrimonio e dualità di patria sono « idee contraddittorie... La donna che confonde il proprio de« stino con quello del marito deve seguirne la nazionalità senza « distinguere fra quella che egli possedeva all'epoca del ma« trimonio e quella che acquistasse in seguito. La moglie deve « seguire la condizione del marito e il figlio deve seguire la « condizione di coloro dei quali è il sangue e come l'immagine « vivente ». Questo concetto si è manifestato durante tutto il corso dei lavori preparatorî e fu nuovamente svolto dal relatore Delsol al tempo delle ultime discussioni avanti al Senato.

A prima vista, la lettera dell'articolo 12 sembrerebbe contraria alla nostra tesi. Vi si legge infatti: « La moglie...., i « figli maggiorenni dello straniero naturalizzato potranno..... « ottenere la qualità di francesi col decreto che attribuisce la « cittadinanza al marito ed al padre ». Parrebbe dunque applicabile soltanto ai figli dello straniero naturalizzato per decreto.

Ma l'esame dei lavori preparatorî dimostra che questa conclusione sarebbe erronea: l'articolo 12 è redatto così perchè faceva parte di un progetto secondo il quale era necessario un decreto per l'acquisto della nazionalità francese da parte dello straniero. Più tardi però, questa regola venne modificata e si ammise che in certi casi il decreto fosse inutile. Per semplice inavvertenza non fu mutato il testo dell'articolo 12. Questa negligenza non può essere invocata per sostenere che gli autori della legge vollero limitare la portata dell'articolo 12 e che detta disposizione, applicabile secondo l'originaria sua redazione ai figli di qualsiasi naturalizzato, non concerne oggi più che i figli dei naturalizzati speciali.

Invano si obbietta che se tale è il significato dell'articolo 12, diventano inutili gli articoli 18 e 19 (nuovi) relativi ai figli del francese divenuto straniero e reintegrato nella qualità di francese. Agevolmente si comprende, infatti, che il legislatore non abbia equiparato al naturalizzato l'ex-francese che ricupera la sua nazionalità d'origine ed abbia presa una speciale disposizione in favore dei figli di costui.

Le parole *naturalizzazione di favore* usate nell'articolo 5 della legge non forniscono alcun argomento contro la tesi nostra: quando vennero adottate contemplavano, non già lo stra-

niero divenuto francese di pien diritto in conformità agli articoli 9 e 10 del codice civile, ma lo straniero naturalizzato per decreto e fruente delle condizioni di favore per trovarsi in altro dei casi preveduti dagli articoli 9 e 10.

Sic Douai, 11 giugno 1891, *Revue pratique de dr. intern. privé*, 1890-1891, p. 385. — Nancy, 25 marzo 1890, *ibid.*, p. 30 e la nota in senso contrario; D. P., 1891, 2, 89, e la nota; *J. Pal.*, 1892, II, 286; — LE SUEUR e DREYFUS, *la Nationalité*, p. 90, 108 e la nota, 138, 163.

Si veggano i lavori preparatori della legge 26 giugno 1889; SIR., *Lois annotées*, 1886-1890, p. 577 sgg., note 1, 2, 30-32; D. P., 1889, 4, p. 67, nota 2.

156. Le disposizioni del nuovo articolo 12 (legge francese del 26 giugno 1889), relative ai figli dello straniero naturalizzato, si applicano agli abbiatici?

Certamente, si dice. È una conseguenza necessaria dello scopo, che il legislatore si prefisse, di mantenere l'unità di cittadinanza nella famiglia. Nondimeno si riconosce che la regola non è applicabile fino a quando il padre è vivente e non manifesta la volontà di giovarsi dell'articolo 12.

Questa tesi ne sembra erronea.

O il figlio del naturalizzato è divenuto francese conformemente all'articolo 12, e in questo caso egli stesso è naturalizzato (v. il numero precedente) e quindi i di lui figliuoli potranno essi pure invocare l'articolo 12, essendo figli di un naturalizzato. O non è divenuto francese, sia perchè non lo volle, sia perchè si rese defunto prima di aver chiesta la naturalità, e in questo caso i suoi figli si trovano nella condizione di tutti gli altri figli di stranieri e conseguentemente non possono invocare l'articolo 12.

La tesi che combattiamo è contraria alla lettera della legge: questa contempla unicamente le persone il cui padre si è fatto naturalizzare francese; ora, i figli il cui avo fu bensì naturalizzato, ma il cui padre rimane straniero, non sono mica i figli d'un padre naturalizzato francese e quindi la loro condizione non è quella preveduta dall'articolo 12 (v. *supra* n. 146; cfr. articolo 4 legge belga del 6 agosto 1881, *supra* n. 152).

Da ultimo, la differenza fra figli il cui padre è morto e figli il cui padre è vivo è affatto arbitraria. Se nell'articolo 12 le

espressioni « figli maggiorenni dello straniero naturalizzato », « figli minori d'uno straniero che fu naturalizzato francese », vogliono indicare i discendenti del naturalizzato, è illogico distinguere secondo che il padre sia vivo o morto.

Contra: LE SUEUR e DREYFUS, *la Nationalité*, p. 89.

I, 353

157. *Nel Belgio la naturalizzazione non è perfetta che dopo l'accettazione da parte dello straniero.*

La legge che l'accorda non produce effetto, al pari delle altre leggi, che il decimo giorno dopo la sua pubblicazione nel *Moniteur*.

Sic Cass. B., 9 aprile 1890, *Pasic.*, 1890, I, 148; *Belg. Jud.*, 1890, p. 801, che cassa la sentenza di Gand, 26 febbraio 1890, *Belg. jud.*, 1890, 354.

Anche in Francia la naturalizzazione è un favore accordato con decreto del capo dello Stato e che si acquista soltanto a datare dalla pubblicazione dell'atto da cui resulta. Essa rimane inefficace se fu inserita nel *Bulletin des lois* dopo la morte di chi l'aveva ottenuta.

Sic Orléans, 30 maggio 1895, *la Loi*, 1895, 693; — Cass. fr., 16 luglio 1894, SIR., 1894, I, 457; D. P., 1895, 1, 1, 169, che annulla Parigi, 12 maggio 1893, D. P., 1894, 2, 324; Parigi 19 febbraio 1877, D. P., 1877, 2, 68; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Droits civils*, nn. 56 e 59.

N. 7. RIUNIONE DI TERRITORII.

I, 354

158. *La massima è che i cittadini del territorio riunito e gli stranieri naturalizzati cangiano di nazionalità al momento in cui i territori passano sotto dominio diverso.*

Tanto in Francia quanto nel Belgio, le regole su questa materia vennero frequentemente modificate mediante leggi speciali, promulgate all'epoca di ogni riunione o separazione di territorì, allo scopo di determinare la nazionalità degli abitanti.

Lo studio di queste leggi è tema di diritto internazionale, piuttosto che di diritto civile; come disse il consigliere Tanon nella sua relazione sull'affare Gillebert: « Ci troviamo qui, non « già sul terreno del diritto civile, ma nel campo del diritto « consacrato dai trattati ». Perciò il discutere tali questioni sarebbe esorbitare dai limiti del nostro lavoro.

In Francia, la soggetta materia ha sollevato molteplici difficoltà.

Circa gli effetti dei trattati del 1814 e del 1815, v. Amiens, 26 novembre 1891, SIR., 1892, 2, 97, e la nota; *J. Pal.*, 1892, 2,97; — Cass. fr., 25 febbraio 1890, D. P., 1890, 1, 322; SIR., e *J. Pal.*, 1891, 1, 7; *Pand. fr.*, 1890, I, 249; — 7 dicembre 1883, D. P., 1884, 1,209; SIR., 1885, 1, 89 e la citata relazione del consigliere Tanon; *J. Pal.*, 1885, 182; — Parigi, 29 luglio 1872, D. P., 1872, 2, 223.

Sugli effetti del trattato di Francoforte del 1871, v. Cass. fr., 6 marzo 1877, SIR., 1879 1, 305 e la nota; *Pasic. fr.* e *J. Pal.*, 1879, 763; D. P., 1877, 1, 289.

Cfr. DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Droits civils*, nn. 73 a 83 e 311 a 336.

159. *Applicazione del principio. Colla riunione del Belgio alla Francia, i nazionali belgi divennero francesi; per effetto della separazione, perdettero simile qualità soltanto coloro ai quali la cittadinanza francese era stata attribuita dal fatto della riunione.* I, 355

Crediamo che il Laurent si spinga troppo in là quando ritiene in modo assoluto che se un territorio, dopo l'annessione ad un altro, viene da questo nuovamente separato, tutti coloro i quali avevano acquistata una nuova nazionalità per effetto dell'annessione, la perdano in conseguenza della separazione.

Operatasi la riunione, i nazionali del territorio annesso divengono membri del nuovo Stato al medesimo titolo di quelli che l'erano già prima; posto ciò, se accada un'ulteriore separazione, gli effetti di questa debbono essere determinati secondo le regole generali sulla materia e non già tenendo conto della circostanza che il territorio separato si trovava riunito in epoca più o meno prossima.

Codesta osservazione è importante per stabilire, allorchè un territorio viene separato dopo essere stato riunito per lungo periodo di tempo, gli effetti della separazione sui discendenti di coloro i quali, al momento dell'annessione, erano indigeni di questo territorio.

V. AUBRY e RAU, v. I, § 72, p. 265, nota 28; — DALL., *Rép.*, *Supp*, v. *Droits civils*, nn. 312 sgg.

160. *Talune leggi politiche, in ispecie nel Belgio la legge fondamentale del 1815* (articolo 8) *e la Costituzione* (articolo 133), *hanno derogato al principio.* I, 356-357

In forza della prima, sono equiparati agli indigeni gli abitanti del regno, nati sul territorio di questo da genitori stranieri quivi domiciliati al momento della nascita.

Per virtù della seconda, gli stranieri stabiliti nel Belgio anteriormente al 1° gennaio 1814, i quali continuarono a rimanervi domiciliati, sono considerati belgi dalla nascita se dichiararono, nel termine di legge, di voler fruire di questo beneficio.

Il termine stabilito dall'articolo 133 della costituzione belga venne, sotto certe condizioni e colla circostanza che la dichiarazione produce effetto soltanto per l'avvenire, prorogato con diverse leggi in favore degli abitanti delle provincie settentrionali dell'ex-regno dei Paesi Bassi, i quali, trovandosi a risiedere nel Belgio prima del 7 febbraio 1831, abbiano continuato a dimorarvi, e in favore dei loro discendenti. (Ultimamente, articoli 3 e 4 della legge del 1° aprile 1879; articoli 3, 5 e 6 della legge del 25 marzo 1894).

L'applicazione dell'articolo 8 della legge fondamentale ha dato luogo a numerose controversie il cui studio esce dal campo riservato a un commento del codice civile.

È stato giudicato:

Che in forza di questa disposizione sono di pien diritto cittadini belgi tutti coloro i quali nacquero, sotto l'impero della legge fondamentale, nell'attuale territorio belga, da genitori stranieri quivi domiciliati al momento della nascita;

Cass. B., 2 aprile 1888, *Pasic.*, 1888, I, 155; — 29 marzo 1886, *ibid.*, 1886, I, 118.

Che sono quindi belgi gli individui nati nel Belgio, sia prima sia dopo il 1815, fino alla promulgazione della costituzione belga, da genitori domiciliati nel Belgio all'epoca della nascita;

Cass. B., 30 aprile 1889, *Pasic.*, 1889, I, 208.

Che, secondo l'articolo 8, § 2, il figlio nato all'estero da un olandese, non è olandese se, all'epoca della nascita, i di lui genitori erano assenti, salvo che lo fossero solo momentaneamente o per motivi di pubblico servizio;

Cass. B., 2 agosto 1886, *Pasic.*, 1886, I, 373; *J. Trib.*, 1886, 995; *Belg. jud.*, 1886, 1537; SCHEYVEN, vol. VI, p. 245.

Che l'articolo 8 non richiede che i genitori abbiano ottenuto dal capo dello Stato l'autorizzazione a fissare il loro domicilio: che basta, ma è necessario, siano stati domiciliati nel regno;

Cass. B., 16 maggio 1887, *Pasic.*, 1887, I, 264.

Che non esige che i genitori conservassero ancora il loro domicilio al momento della promulgazione della legge;

Cass. B., 27 marzo 1882, *Pasic.*, 1882, I, 151; — 30 maggio 1881, *Pasic.*, 1881, I, 292.

Che è applicabile soltanto ai figli di genitori estranei ai Paesi Bassi;

Cass. B., 6 aprile 1891, *Pasic.*, 1891, I, 106; — 5 maggio 1890, *Pasic.*, 1890, I, 196; *Pand. pér.*, 1890, n. 1483; — 25 aprile 1887, *Pasic.*, 1887, I, 209.

Che, conseguentemente, è inapplicabile ai figli di un olandese nati nel Belgio;

Cass. B., 19 aprile 1882, *Pasic.*, 1882, I, 186; *Belg. jud.*, 1882, 1004; Scheyven, v. IV, p. 609; — 14 febbraio 1881, *Pasic.*, 1881, I, 109; *Belg. jud.*, 1881, 564; Scheyven, v. IV, p. 256.

Eccetto il caso che, al tempo della nascita, il genitore avesse perduta la nazionalità olandese, stabilendosi nel Belgio, l'anno 1791, senza intenzione di ritorno.

Cass. B., 14 febbraio 1881, *Pasic.*, 1881, I, 107; *Belg. jud.*, 1881, 565; Scheyven, v. IV, p. 255; — Laurent, *Droit international*, v. III, n. 237.

161. *Applicazione del principio alla separazione del Belgio dall'Olanda. Sono belgi soltanto: 1° i nativi del Belgio, vale a dire i figli di genitori belgi o nati nel Belgio, sotto l'impero della legge fondamentale del 24 agosto 1815, da genitori estranei al regno dei Paesi Bassi e domiciliati nel Belgio al tempo della nascita; 2° gli stranieri i quali, avendo ottenuto l'indigenato o la naturalizzazione sotto il governo dei Paesi Bassi, erano domiciliati nel Belgio il 1° dicembre 1830 e vi avevano mantenuto domicilio all'epoca della legge del 27 settembre 1835.* I, 358

Sic Cass. B., 2 aprile 1888, *Pasic.*, 1888, I, 157; 9 maggio 1881, *Pasic.*, 1881, I, 253; Scheyven, v. VI, 393; — 5 e 10 marzo 1879, *Pasic.*, 1879, I, 167 e 174; — si vegga la giurisprudenza citata al numero precedente.

162. *L'applicazione del principio subisce una modificazione quando vengono smembrate provincie o comuni (smembramento del Limbourg e del Luxembourg; comuni francesi riuniti al* I, 359-360

regno dei Paesi Bassi). Hanno perduta la nazionalità soltanto i cittadini nati nelle provincie o nei comuni ceduti e ciò anche se il padre loro fosse originario di un'altra parte del regno.

Sic Liège, 21 maggio 1884, *Pasic.*, 1884, II, 258, annullata dalla sentenza 14 luglio 1884, che riferiamo più sotto.

Fu deciso, al contrario, che la persona nata prima del 1830, sul territorio ceduto del Limbourg, da padre nato nel Belgio l'anno 1795, è cittadino belga e che la cessione d'una parte del Limbourg nel 1839 non potè esercitare veruna influenza sulla nazionalità, non avendo i trattati colpito che i nazionali i quali appartengono al territorio ceduto per effetto di filiazione. Cass. B., 14 luglio 1884, *Pasic.*, 1884, 1, 286; — In sede di rinvio, Bruxelles, 5 agosto 1884, *Pasic.*, 1885, II, 52; — Cass. B., 9 marzo 1874, *Pasic.*, 1874, I, 132; — Beckers, *Droit electoral*, p. 30, n. 40; — la nota alla sentenza di Amiens, 26 novembre 1891, Sir., 1892, 2, 97. — V. Cass. B., 26 marzo 1878; *Pasic.*, 1878, 21, 393; — 5 marzo 1879, *Pasic.*, 1879, I, 167; — *Pand. Belges*, v. *Annexion*, n. 69.

A parer nostro, la regola secondo la quale l'annessione di un territorio implica l'acquisto di una nuova nazionalità pei cittadini del territorio annesso, non è applicabile se non nel caso in cui l'annessione concerna un intero paese; se ne colpisce invece soltanto una parte che non abbia indipendenza propria, come ad esempio qualche comune o qualche provincia, sembra a noi che la questione di sapere quali persone mutino la loro nazionalità in conseguenza del passaggio di territorio a una sovranità diversa, possa essere disciplinata unicamente dal trattato che consacra l'annessione. Non riusciamo a comprendere come possano aversi, in una sola patria, oltre la nazionalità comune, tante nazionalità distinte quante sono le circoscrizioni amministrative, come ciascuno abbia questa seconda nazionalità sia, giusta il Laurent, perchè nato nel comune annesso, sia, a norma di quel che proclamò la giurisprudenza, in causa della sua filiazione.

Se il trattato non contiene alcuna disposizione a questo riguardo, dovranno cangiare cittadinanza i soli nazionali che fanno parte del territorio annesso perchè vi sono, a così dire, incorporati, avendovi la sede principale dei loro affari ed interessi, cioè quelli che vi sono domiciliati.

Cfr. Aubry e Rau, v. I, § 72, p. 258, nota 3, e il passo di Pothier, riferito *supra*, n. 139.

I trattati recenti, in ispecie l'articolo 2 del trattato di Francoforte del 18 maggio 1871, hanno determinato gli effetti dell'annessione sulla nazionalità degli abitanti dei paesi annessi.

Si vegga, in argomento, DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Droits civils*, nn. 73 sgg., nn. 322. e s., e le autorità citate *supra* n. 158.

163. *La cessione priva della loro nazionalità i naturali dei territori ceduti, anche quando abitassero nello Stato che consentì la cessione. Apposite leggi speciali hanno derogato, in Francia e nel Belgio, al principio.* I, 361

Sic AUBRY e RAU, v. I, § 72, p. 259 e 260, nota 12.

Questa regola non può essere accolta se non coi temperamenti invocati nel precedente paragrafo.

Il Laurent cade in errore quando afferma che non era richiesta alcuna dichiarazione da parte degli abitanti delle provincie settentrionali dell'ex-regno dei Paesi Bassi, i quali volevano valersi della disposizione della legge del 22 settembre 1835, derogativa al diritto comune: l'articolo 2 di questa legge la esigeva invece formalmente.

Diverse leggi prorogarono il termine concesso per fare detta dichiarazione, ma questa non ha più effetto retroattivo (v. in particolare gli articoli 3 e 4 della legge 1° aprile 1879; gli articoli 3, 5 e 6 della legge 25 marzo 1894, *supra*, n. 160).

164. *La cessione priva della nazionalità i figli dei cittadini dei territori ceduti, anche quelli nati e residenti nel territorio dello Stato che consentì la cessione o il cui padre sia morto anteriormente alla stipulazione della medesima.* I, 362-363

In senso opposto a quanto è qui sopra affermato, si insegna che i figli, maggiorenni all'epoca della separazione, rimangono francesi se, essendo nati dopo l'annessione, continuano, malgrado la separazione del territorio anteriormente annesso, a risiedere in Francia; che nel modo stesso rimane francese il figlio minore il quale si trovi nelle identiche condizioni e il cui padre sia defunto.

AUBRY e RAU, v. I, § 72, p. 264, nota 25 e p. 265, nota 28.

Fu giudicato che il figlio minore, nato dopochè il padre, straniero d'origine, acquistò la nazionalità francese per effetto della

riunione del suo paese alla Francia, diviene straniero insieme al padre, al momento della separazione, se il padre non compie le formalità necessarie per conservare la cittadinanza francese.

Sic Cass. fr., 20 gennaio 1879, Sir., 1879, 1, 417; *Pasic. fr.* e *J. Pal.*, 1879, I, 1081 e la nota, D. P., 1879, 1, 107; — Aubry e Rau, v. I, § 72, p. 263, nota 24.

Codeste questioni, estranee al diritto civile, formano oggetto di numerose discussioni che si trovano esposte in Dalloz, *Rép.*, *Suppl.*, v. *Droits civils*, nn. 73 sgg., 311 sgg. Crediamo che debbano essere risolute secondo i principii formulati nel testo e modificati a norma delle osservazioni fatte *supra*, nn. 159 e 162.

I, 364 **165**. *Rimangono francesi coloro i quali avessero acquistata la cittadinanza francese prima della riunione.*

Sic Douai, 21 aprile 1880, D. P., 1881, 2, 118; — Aubry e Rau, v. I, § 72, p. 263, nota 23; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Droits civils*, n. 318.

I, 365 **166**. *La cessione influisce sulla nazionalità del marito e della moglie secondo le stesse regole.*

I, 366 **167**. *I belgi che conservarono la nazionalità francese per effetto della legge francese del 14 ottobre 1814, non hanno mai cessato di essere francesi; così pure coloro i quali, dovendo perdere la qualità di belga in conseguenza del trattato del 1839, fecero la dichiarazione prescritta dalla legge del 4 giugno 1839, non hanno mai cessato di essere belgi.*

Sic Cass. B., 17 gennaio 1881, *Pasic.*, 1881, I, 59; *Belg. jud.*, 1881, 180.

Diverse leggi hanno prorogati i termini stabiliti dalla legge belga del 4 giugno 1839 per fare la dichiarazione di nazionalità; nondimeno questa non ha ormai effetto che per l'avvenire (v. specialmente la legge del 1° aprile 1879, articoli 3 e 4 e la legge del 25 marzo 1894, articoli 2, 5 e 6).

L'interpretazione di dette leggi, come pure di quella del 4 giugno 1839, ha dato luogo a numerose difficoltà il cui esame è estraneo a un commento del codice civile.

Intorno a simili questioni è stato deciso che:

Per virtù della legge del 1° giugno 1878, interpretativa dell'articolo 1° di quella del 4 giugno 1839, conservano la nazionalità belga, indipendentemente da qualsiasi dichiarazione, le

persone nate prima dell'8 giugno 1839, sul territorio attuale del Belgio, da genitori ivi residenti, i quali abbiano perduta la qualità di belga in conseguenza dei trattati del 19 aprile 1839;

Cass. B., 25 maggio 1886, *Pasic.*, 1886, I, 238; — 17 maggio 1886, *Pasic.*, 1886, I, 211.

Chi dichiara di volere, fruendo del beneficio delle combinate leggi del 1° aprile 1879 e del 4 giugno 1839, ricuperare la nazionalità belga, deve provare che era stabilito nel Belgio fin dall'anno successivo alla sua età maggiore e fornire detta prova all'atto della dichiarazione;

Cass. B., 18 aprile 1882, *Pasic.*, 1882, I, 177; — 28 marzo 1882, *Pasic.*, 1882, I, 156; — 30 maggio 1881, *Pasic.*, 1881, I, 291.

La dichiarazione è inefficace se l'interessato ha stabilito il suo domicilio nel Belgio solo parecchi anni dopo il compimento dell'età maggiore;

Cass. B., 30 maggio 1881, *Pasic* 1881, I, 291.

Un atto di notorietà non può, all'effetto di stabilire il domicilio, supplire il certificato dell'autorità municipale;

Cass. B., 6 giugno 1881, *Pasic.*, 1881, I, 302; — 4 agosto 1881, *Pasic.*, 1881, I, 189; *Belg. jud.*, 1881, 739.

L'articolo 1° della legge del 4 giugno 1839 non può essere invocato che dalle persone le quali godano della cittadinanza belga e siano nate nella porzione ceduta del Limbourg o del Luxembourg;

Cass. B., 23 aprile 1883, *Pasicr.*, 1883, I, 186; *Belg. jud.*, 1883, 909.

I figli maggiorenni di un neerlandese originario del Limbourg ceduto, nati all'estero anteriormente al 1839, poterono reclamare la qualità di belga entro l'anno successivo alla pubblicazione della legge del 1° aprile 1879;

Cass. B., 9 luglio 1883, *Pasic.*, 1883, I, 302; — 9 giugno 1884, *Pasic.*, 1884, I, 231; *Belg., jud.*, 1884, 1125.

L'articolo 2 della legge del 1° aprile 1879 si applica esclusivamente a coloro i quali si trovarono nelle condizioni determinate dalla legge del 4 giugno 1839 per conservare la

nazionalità belga e che omisero di esprimerne l'intenzione in tempo utile;

Cass. B., 6 giugno 1881, *Pasic.*, 1881, I, 302.

Il figlio di un neerlandese, nato prima del 6 febbraio 1831, nel Luxembourg ceduto, da genitori stranieri quivi domiciliati, potè, in forza della legge del 1° aprile 1879, reclamare l'indigenato mediante espressa dichiarazione, anche quando il padre abbia omesso di far tale opzione;

Cass. B., 10 aprile 1883, *Pasic.*, 1883, 1, 125.

Non può il governatore rifiutarsi di ricevere una dichiarazione di nazionalità pel motivo che il dichiarante non produca il proprio atto di nascita;

Cass. B., 3 maggio 1881, *Pasic.*, 1881, I, 229; — 4 aprile 1881, *Pasic.*, 1881. I, 191, *Belg. jud.*, 1881, 977.

I diritti concessi ai discendenti dalla legge del 25 marzo 1894 sono personali, limitandosi detta legge a riprodurre le disposizioni di quella del 26 aprile 1879, modificata dall'ultima norma della legge del 6 agosto 1881;

Cass. B., 22 ottobre 1894, *Pasic.*, 1894, I, 309 e *supra*, n. 133.

Circa l'applicazione della massima *Conceptus pro jam nato habetur* a coloro i quali rivendicano i benefici di questa legge, v. *supra*, n. 116.

N. 8. Di coloro i quali hanno due patrie.

I, 367 **168.** *Una persona può avere due patrie, quando le legislazioni di due diversi paesi gli attribuiscono ciascuna la qualità di cittadino della nazione dove impera.*

Gli autori del codice non potevano ammettere e non hanno ammessa la possibilità di una simile situazione. Da un lato, erano abilitati a statuire soltanto sulle condizioni necessarie per essere cittadini francesi, e non su quelle occorrenti per avere una patria diversa; dall'altro, hanno formalmente dichiarato che nessuno può avere due patrie e che il francese il quale acquista una nuova nazionalità, cessa d'appartenere alla

Francia. (Esposizione dei motivi fatta dal Treilhard al Corpo legislativo).

Da ciò consegue che debbono essere respinte tutte le teoriche le quali ammettono che, secondo la legge francese, una persona possa, in certi casi, avere due patrie.

V. Locré, v. I, p. 468, nn. 11 e 12; — *supra*, nn. 111, 115, 116, 121; *infra*, n. 179.

169. *Dal fatto di avere due patrie deriva la conseguenza che colui il quale si trova in questa situazione, è considerato come nazionale in entrambi i paesi e possiede due statuti personali fino al momento in cui non abbia optato per l'uno o per l'altro.*

I, 368

In coerenza a quanto dicemmo nel precedente paragrafo, noi crediamo che, *dal punto di vista della legge francese*, questo individuo sarebbe francese ovunque, così nella sua seconda patria come in Francia, che esso avrebbe un unico statuto personale e che la sua condizione sarebbe identica a quella di qualsiasi altro francese.

N. 9. Di coloro i quali non hanno patria.

170. *Non ha patria il francese il quale abbia perduta la nazionalità per un fatto che non gliene conferisca un'altra e che non abbia acquistata una cittadinanza straniera in modo diverso.*

I, 369

Sic Cass. B., 3 maggio 1881, *Pasic*, 1881, I, 221; *Belg. jud.*, 1881, 1197, che annulla la sentenza della Corte di Bruxelles, 2 aprile 1881, *Belg. jud.*, 1881, 692.

È questa l'applicazione del concetto, enunciato *sub* n. 168, che la legge francese non si preoccupa delle conseguenze che possano derivare, relativamente alle nazionalità straniere, dalle regole che essa stabilisce.

171. *Chi non ha patria non gode dei diritti civili e non può invocare il beneficio dell'articolo 11.*

I 370-371.

Non possedendo uno statuto personale, è governato dalla legge del paese in cui risiede.

Su quest'ultimo punto, *sic supra*, n. 27.

172. Qual'è la nazionalità della persona nata in Francia da genitori senza patria o di nazionalità ignota?

La legge francese del 26 giugno 1889 (nuovo articolo 8, 2°) dichiara cittadino francese chiunque sia nato in Francia da genitori di nazionalità sconosciuta: lo stesso si dovrà necessariamente decidere del figlio di genitori che non abbiano patria.

Nel Belgio, la legge interpretativa del 15 agosto 1881 reputa cittadini belgi i nati nel Belgio da genitori legalmente ignoti. Uno dei motivi che si invocano a favore di questa decisione è « che l'interesse generale, come quello del figlio e della giu- « stizia richiedono che a costui (il figlio nato nel Belgio da « genitori ignoti) si attribuisca la qualità di belga, affinchè non « rimanga privo di nazionalità » (Relazione di Demeur alla Camera, in nome della sezione centrale). È evidente che questa considerazione si applica anche al figlio nato da genitori senza patria, perchè a lui pure manca una nazionalità. D'altro canto, la legge del 15 agosto 1881 ha interpretato legislativamente il codice civile, in quanto ammette che la nazionalità si ricolleghi al luogo di nascita allorchè non può scaturire dalla filiazione. Ora, il figlio nato da genitori che non hanno patria non può certamente derivare la propria nazionalità dalla filiazione: è forza dunque riconoscere che la tragga dal luogo della nascita e quindi che è belga se nacque nel Belgio.

V. l'Esposizione dei motivi della legge 15 agosto 1881, sessione 1880-1881, *Documents*, p. 212-215 e le sentenze citate; la menzionata relazione del Demeur su questa legge, *ibid.*, p. 246; *Pasin.*, 1881, 382. — Cfr. *supra*, nn. 118 e 127.

172 *bis*. La nazionalità degli esposti si determina secondo le regole generali. Saranno dunque francesi o belgi secondo che in relazione alle circostanze del rinvenimento e quando ne sia ignota la filiazione, possano essere considerati come cittadini dell'uno o dell'altro Stato: saranno invece da ritenere privi di patria se rimangano sconosciuti così la filiazione come il luogo di nascita (v. il paragrafo precedente).

Cfr. Discussione alla Camera dei rappresentanti del Belgio, seduta 3 agosto 1881, *Ann. parl.*, p. 1623; *Pasin.*, 1881, p. 383 sgg.

I, 372. **173.** *È inaccettabile la teoria dell'incolato esposta dal Proudhon, poichè il codice civile non conosce alcuno stato intermedio fra la condizione di cittadino francese e quella di straniero.*

174. *La legge francese del 7 febbraio 1851 ha ovviato agli inconvenienti in ragion dei quali il Proudhon aveva concepita la teoria dell'incolato, proclamando cittadino francese, salvo dichiarazione contraria entro l'anno dall'età maggiore, il figlio nato in Francia da padre straniero nato in Francia egli pure.* I, 373.

L'applicazione del principio dello *jus soli* consacrato da questa legge venne estesa dalla successiva legge francese del 26 giugno 1889 (v. *supra*, n. 122).

Sezione II. — Della perdita della qualità di francese.

§ 1. Delle cause che fanno perdere la qualità di francese.

175. *La rinunzia alla patria non basta da sola a far perdere la qualità di francese.* I, 374.

176. *I decreti del 6 aprile 1809 e del 26 agosto 1811 assumevano a delitto la rinunzia alla patria. Essi sono abrogati nel Belgio.* I, 375

Furono abrogati anche in Francia in forza dell'articolo 6 della legge del 26 giugno 1889.

L'abrogazione di quei decreti fece perdere ogni forza obbligatoria al parere del Consiglio di Stato delli 14-21 gennaio 1812. Resulta da ciò che l'accettazione non autorizzata di un titolo nobiliare conferito da un sovrano straniero, non implica rinunzia alla qualità di belga o di francese e non induce la perdita dell'una o dell'altra nazionalità.

Sic Cass. B., 18 aprile 1882, *Pasicrisie*, 1882, I, 178; *Belg. jud.*, 1882, 896; — Gand, 8 marzo 1882, *Pasicrisie*, 1882, II, 115; *Belg. jud.*, 1882, 398.

N. 1. Della naturalizzazione.

177. *La naturalizzazione in paese estero fa perdere la qualità di francese, giacchè nessuno può avere due patrie; bisogna però che sia stata domandata.* I, 376

Perde del pari la qualità di francese chi, essendo stato naturalizzato all'estero, senza sua richiesta, dichiari di voler profittare della nuova cittadinanza. Può ritenersi che costituisca una

simile dichiarazione, in Francia, la domanda di concessione della naturalizzazione stabilita dall'articolo 17 (nuovo).

I, 377

178. *Non perde la nazionalità il francese che acquista all'estero il solo godimento dei diritti civili. Non la perde quindi se ottenne in Inghilterra la denizzazione.*

Sic Bruxelles, 24 dicembre 1887, *Pasic.*, 1888, II, 138; *J. Trib.*, 1888. 308; D. P., 1889, 2, 97; — Cass. Fr., 14 febbraio 1890, D. P., 1891, 1, 281; *Pand. fr.*, 1890, I, 397; Sir., 1891. 1, 139; *J. Pal.*, 1891, 313; — Alta Corte di giustizia d'Inghilterra, 11 gennaio 1888, D. P., 1888, 2, 81; — Cass. Fr., 13 febbraio 1875, D. P., 1876, 1, 49; Sir., 1875, 1, 193; *Pasic. fr.*, 1875, 481 -- Aubry e Rau, v. I, § 74, p. 268, nota 6.

179. La naturalizzazione fraudolenta fa perdere la qualità di francese al cittadino francese per tal modo naturalizzato all'estero?

Si dice che un francese si fa naturalizzare fraudolentemente quando fu indotto a cangiare nazionalità dal desiderio di sfuggire a una prescrizione della legge francese: per esempio quando il divorzio non era ancora ammesso in Francia, si riteneva fraudolenta la naturalizzazione del francese il quale, allo scopo di divorziare e passare a nuove nozze, avesse ottenuta la cittadinanza d'un paese la cui legislazione riconosceva il divorzio.

È valida una simile naturalizzazione e fa perdere a chi la consegue la qualità di francese?

L'acquisto da parte di un francese d'una nuova nazionalità non può essere disciplinato dal legislatore francese, ma è governato esclusivamente dalla legge straniera. Su un punto solo può statuire il legislatore francese, cioè sugli effetti, di fronte alla legge francese, della naturalizzazione acquistata dal cittadino all'estero.

Così esso può decidere, sia che la naturalizzazione ottenuta non esiste agli occhi della legge francese, sia che non produce effetto veruno se accordata a determinate categorie di persone, per esempio, a chi si trovi ancor soggetto in Francia agli obblighi del servizio militare nell'esercito attivo (nuovo art. 17, 1°). In questo caso appunto si fa osservare che la legge francese ha subordinato a certe condizioni la naturalizzazione dei francesi all'estero. Bisogna però notare, ed è molto importante, che questa osservazione è vera solo in apparenza e non corrisponde

alla realtà delle cose: nel fatto, il legislatore francese non ha sottoposta a condizioni questa naturalizzazione, poichè ciò eccede i suoi poteri, ma si è limitato a determinare la reazione, di fronte alla legge francese, della naturalizzazione acquistata da un francese all'estero.

Questa reazione è disciplinata dall'articolo 17 del codice civile ai cui termini la naturalità acquistata all'estero fa perdere la qualità di francese.

Il principio è generale e quindi si applica qualunque sia stato il motivo che spinse il francese a chiedere la nazionalità straniera, anche se lo abbia fatto per isfuggire a una prescrizione d'ordine pubblico della legge francese.

Siccome la legge non fa distinzioni, sarebbe antigiuridico l'ammetterne: per vero, la perdita della cittadinanza francese non è conseguenza della volontà di chi ottiene la naturalizzazione all'estero, ma la resultante della legge la quale, reputando inammissibile che una stessa persona abbia due patrie, dichiarò decaduta dalla qualità di francese la persona divenuta straniera. Ora, poco importa il motivo per cui ciò accadde: dal momento che l'individuo divenne straniero, la situazione preveduta dal legislatore francese si è verificata e deve quindi produrre le sue conseguenze legali. Gli è perciò che quando, in certi casi particolari, il legislatore ha subordinato il diritto del francese a farsi naturalizzare straniero ad un'autorizzazione del governo, non ha sempre deciso che chi violasse questa prescrizione d'ordine pubblico rimarrebbe francese, considerandosi la naturalizzazione come non avvenuta: per l'opposto ha talvolta dichiarato che costui sarebbe straniero e non godrebbe in Francia di tutti i diritti riconosciuti agli stranieri. (Decreto del 26 agosto 1811. Cfr. in Francia, articolo 17 nuovo, 1°, *infra*, n. 181).

La giurisprudenza è contraria alla nostra opinione.

La sua tesi si può così riassumere. Qualsiasi atto compiuto in frode d'una legge d'ordine pubblico è inefficace di fronte a coloro che ne domandano la nullità e lo sostengono inesistente. Dunque l'atto col quale il francese acquista la nazionalità estera, rimarrà senza effetto se ebbe lo scopo di contravvenire a una legge francese d'ordine pubblico, nè potrà far perdere al francese che lo pose in essere, la sua cittadinanza.

Questo ragionamento non persuade.

La regola di cui si vuol fare applicazione alla nostra materia concerne le convenzioni e dice che qualsiasi contratto contrario all'ordine pubblico, è inefficace perchè deve essere dichiarato nullo o inesistente; o, in altri termini, che le conseguenze di una convenzione vengono meno se questa, per essere dichiarata inesistente, è posta nel nulla.

Di fronte a ciò, la regola non ha alcuna influenza nella nostra questione: per vero, l'atto che consiste nello acquisto d'una nazionalità straniera non può essere annullato dalla legge francese. Questa, come abbiamo veduto, non ha potere di disciplinarlo; conseguentemente esso non scompare, ma sussiste, deve produrre i proprî effetti e perciò la regola che ci si vuole opporre non trova applicazione.

Il legislatore avrebbe potuto dire, è vero, che l'atto compiuto allo scopo di violare una legge d'ordine pubblico non importava la perdita della nazionalità francese e che, in tal caso, vi sarebbe stata una deroga all'articolo 17 del codice civile; ma non ha deciso così, e quindi la regola stabilita da questa disposizione deve essere seguíta in modo assoluto.

Lo stesso è a dire sotto l'impero della legge francese del 26 giugno 1889, salva l'eccezione stabilita dal nuovo articolo 17, 1°, eccezione che conferma la nostra tesi.

Contra: Cass. fr., 26 febbraio 1890, D. P., 1890, 1, 325; — Parigi 14 marzo 1889, D. P., 1890, 2, 88; — 18 marzo 1878 (I specie), D. P., 1878, 1, 201; Sir., 1878, 1, 193; *Pasic. fr.* e *J. Pal.*, 1878, 497; — Parigi, 30 giugno 1877, D. P., 1878, 2, 6; Sir., 1879, 2, 205; *Pasic. fr.*, 1879, I, 846; *J. Pal.* 1879, 846; — Parigi, 17 luglio 1876, D. P., 1878, 2, 1; *J. Pal.* 1878, 981; — 19 luglio 1875, D. P.. 1876, 1, 5; Sir., 1876, 1, 289; *J. Pal.*, 1876, 721.

Cfr. Bruxelles, 5 agosto 1880, D. P., 1882, 2, 81-83; Sir., 1881, 4, 1; *Pasic.*, 1880, II, 319; *Belg. jud.* 1880, 1121; — Algeri, 2 dicembre 1893; Sir., 1895, 2, 89; D. P., 1895, 2, 146; — Rouen, 6 aprile 1887, D. P. 1889, 2, 17; — Huc, v. I, n. 290.

V. la dottrina in diverso senso, citata nelle note alle sentenze riferite, e Dall., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Droits civils*, n. 288.

I, 378. **180.** *Il francese naturalizzato straniero perde la propria nazionalità anche se conservi l'intenzione di ritornare in patria.*

181. La legge francese del 26 giugno 1889 ha apportata una deroga al principio della perdita della nazionalità francese per effetto della naturalizzazione ottenuta all'estero.

Se l'interessato trovasi ancor soggetto agli obblighi del servizio militare nell'esercito attivo, la naturalizzazione all'estero non gli fa perdere la qualità di francese, se non quando sia stato autorizzato dal governo (articolo 17 nuovo).

Naturalizzazione all'estero è, secondo questa disposizione, sia la naturalità accordata mediante un atto del governo straniero, sia l'acquisto di pien dirito d'una nazionalità straniera per effetto d'una dichiarazione, come ad esempio nel caso dell'articolo 9 del codice civile.

In entrambi i casi la permissione è necessaria.

Essa occorre infatti, perchè « la naturalizzazione non impedirà « che le leggi militari siano osservate e che la persona la « quale volle alle medesime sottrarsi, rinunziando alla qualità « di francese, ne subisca, qualora rientri in Francia, le giuste « conseguenze ». (Relazione del Dubost). Ora, è chiaro che queste ragioni si applicano, qualunque sia il modo d'acquisto della nazionalità straniera.

Si potrebbe, è vero, obbiettare che nel § 1° dell'articolo 17 la legge distingue due specie di naturalizzazione mentre non riproduce poi la distinzione nel paragrafo seguente.

L'obbiezione sarebbe senza valore: è naturale, infatti, che per dirimere la controversia che si dibatteva sul punto se colui il quale acquista, dietro sua domanda, la nazionalità straniera per effetto della legge perda la qualità di francese, il legislatore abbia espressamente dichiarata l'affermativa.

Sarebbe, oltre tutto, inconcepibile che gli autori della legge avessero fatto dipendere la conseguenza d'una regola, stabilita nell'interesse del servizio militare in Francia, dalle condizioni poste dal legislatore estero per l'acquisto della nazionalità del paese in cui esso impera.

Sic, Le Sueur e Dreyfus, *la Nationalité*, p. 186.

V. in Sirey, *Lois annotées*, 1886-1890, p. 584, nota 37, e in D. P., 1889, 4, 68, nota 2 la citata relazione Dubost. — Cfr. *supra*, n. 155 e *infra*, n. seg.

182. Si reputerà naturalizzato all'estero e avrà quindi perduta la qualità di cittadino, il francese che diviene straniero,

non mica in forza d'un decreto speciale che gli attribuisce una nazionalità estera, ma perchè abbia dichiarato di voler fruire di disposizioni legali agevolanti a determinate categorie di persone l'acquisto di detta nazionalità?

È il caso di chi, essendo nato nel Belgio da un francese, fa la dichiarazione contemplata dall'articolo 9 del codice civile.

In Francia, la questione fu risolta per l'affermativa dalla legge del 26 giugno 1889. A sensi del nuovo articolo 17, « per- « dono la qualità di francese: 1° il francese naturalizzato al- « l'estero o che acquisti dietro sua domanda la nazionalità « straniera per effetto della legge ».

Nel Belgio invece è ancora applicabile l'antico articolo 17.

Questo non definisce che cosa debba intendersi per naturalizzazione; il motivo del suo disposto è che colui il quale abbia acquistata una nazionalità straniera, ha necessariamente rinunziato ad essere francese. « Si rinunzia alla qualità di francese », diceva il tribuno Gary al Corpo legislativo, « espressamente o « tacitamente. La rinuncia è espressa da parte di chi si fa « naturalizzare all'estero. Chi si procura una nuova patria, « rinuncia alla prima ». (Seduta del 17 ventoso anno XI). Ora, è ben certo che il francese il quale reclama la qualità di belga a sensi dell'articolo 9 del codice civile, si procura una nuova patria e cessa pertanto di essere francese.

Per ammettere il contrario, bisognerebbe ritenere che la perdita della qualità di francese non resulta dall'acquisto di una nazionalità diversa, ma dalla forma di detto acquisto.

Una tal regola, punto fondata in ragione, è contraria allo scopo che gli autori del codice si sono prefissi e che abbiamo ricordato testè. Tanto meno essa può accogliersi in quanto che all'epoca in cui entrò in vigore l'articolo 17, la legislazione francese non conosceva ancora la naturalizzazione per decreto o per legge e concedeva a tutti gli stranieri la facoltà di divenire francesi di pieno diritto, soddisfacendo a determinate condizioni. (V. Le Sueur e Dreyfus. *la Nationalité*, p. 45). Infine, questa teorica creerebbe tutta una serie di situazioni contraddittorie. Un francese viene naturalizzato belga per legge e cessa di essere francese; i suoi figli minori diventano cittadini del Belgio se emettono, giunti alla maggiorità, una dichiarazione

analoga a quella dell'articolo 9 (articolo 4 della legge 6 agosto 1881). Si dirà che rimangono francesi? Sarebbe assurdo. Si dirà che non restano tali? Per qual motivo far differenza tra costoro e il francese che, nato nel Belgio, diviene belga in forza dell'articolo 9?

La giurisprudenza, dopo essersi pronunziata in senso contrario, tende ora a consacrare la nostra opinione.

Sic Parigi, 21 gennaio 1889, SIR., 1891, 1, 449; D. P., 1889, 2, 273; *J. Pal.*, 1891, 1110; — le conclusioni dell'avvocato generale Desjardins che precedono la sentenza della Cass. Fr., 4 febbraio 1891, SIR., 1891, 1, 453 e la nota alla sentenza di Douai, citata più sotto; — HUC, v. I, n. 288, p. 291.

Contra: Douai, 14 dicembre 1881, DALL., *Rép., Supp.*, v. *Droit civils*, n. 295; SIR., 1884, 2, 1; *J. Pal.*, 1884, 79; — Cass. Fr., 3 agosto 1871, D. P., 1871, 1, 242; *J. Pal.*, 1871, 616.

V. in LOCRÉ, v. I, p. 476, n. 13, il citato passo del Gary.

183. Dalla lettera del nuovo articolo 17, 1°, si evince che il permesso per la naturalizzazione non concerne se non chi perda la qualità di francese perchè si fa naturalizzare all'estero; non è obbligatorio per coloro i quali declinano la nazionalità francese nei casi in cui la legge li autorizza a ciò (articolo 17 nuovo, 2°).

Sic. DALL., *Rép., Supp.* v *Droits civils*, n. 287 e 339.

N. 2. DELL'ACCETTAZIONE DI FUNZIONI CIVILI O MILITARI.

184. *L'articolo 17 n. 2 e l'articolo 21 del codice civile furono abrogati nel Belgio dalla legge del 21 giugno 1865, la quale ha, inoltre, restituita la qualità di belga a chi l'avera perduta in forza delle sue disposizioni. Ma i belgi che portano le armi contro il loro paese rimangono soggetti alle leggi penali.* I, 379-381

185. La legge francese del 26 giugno 1889 ha modificata la legislazione anteriore su questa materia.

La questione se le funzioni assunte all'estero siano pubbliche o private esce dai limiti di un'opera di diritto civile.

Fu ammesso non doversi considerare come accettazione di funzioni pubbliche:

L'accettazione all'estero, da parte d'una donna francese, del titolo di canonichessa capitolare, Cass. fr., 13 novembre 1836, *Pasic. fr.* 1837, I, 17;

L'accettazione di funzioni esclusivamente di culto, se non impongono l'emissione di voti della persona che ne vien rivestita e non la escludono dalla

vita civile, Cass. fr., 17 novembre 1818, SIR., 1819, I, 197; — 15 novembre 1836, SIR., 1836, 1, 937; *Pasic. fr.*, 1837, I, 115; D. P., 1836, I, 451. — AUBRY e RAU, v. I, p. 271, § 74; DE FOLLEVILLE, n. 452. — *Contra*: DEMOLOMBE, v. I, n. 180;

L'accettazione di funzioni consolari, DE FOLLEVILLE, n. 451;

L'esercizio all'estero della professione di avvocato, Montpellier, 12 luglio 1826, SIR., 1827, II, 227; DEMOLOMBE, v. I, n. 188; AUBRY e RAU, v. I, § 74, p. 271;

L'esercizio delle professioni di medico e d'istitutore, purchè non a titolo di funzioni pubbliche, ma in modo indipendente, Douai, 12 novembre 1844, *Pasic.*, 1846, I, 168; DEMOLOMBE, v. I, n. 180; AUBRY e RAU, v. I, § 74, p. 271; DE FOLLEVILLE, n. 453;

Il conferimento del semplice diritto di borghesia in una città straniera, Ordin. in Cons. di Stato, 18 novembre 1842, SIR. 1843, 2, 602; AUBRY RAU, v. I, § 74; p. 268, nota 6; DEMOLOMBE, v. I, n. 185.

Per l'opposto, si considerò come accettazione di funzioni pubbliche:

L'accettazione dei titoli di assessore collegiale e di consigliere aulico presso un principe straniero (Russia), Cass. fr., 14 maggio 1834, SIR., 1834, 1, 847; AUBRY e RAU, v. I, § 74, p. 271;

L'accettazione delle funzioni di direttore di un conservatorio musicale all'estero, Parigi, 23 giugno 1859, SIR., 1860, 2, 261; *Pasic. fr.*, 1860, 86; DEMOLOMBE, v. I, n. 180;

L'accettazione di funzioni ecclesiastiche connesse all'esercizio del potere pubblico, AUBRY a RAU, v. I, § 74, p. 271; DE FOLLEVILLE, *loc. cit.*; — per esempio, le funzioni stipendiate da un governo estero di pastore ecclesiastico in territorio straniero, Trib. Senna, 20 dicembre 1890 e Parigi, 12 maggio 1891, *Revue prat. de droit internat. privé*, 1890-1891, p. 327.

186. Il cessato articolo 21 del codice civile equiparava al prestar servizio militare in esercito straniero, l'affiliazione a una corporazione militare estera. La legge francese del 26 giugno 1889 tolse l'equiparazione: essa dice soltanto che il francese il quale, senza l'autorizzazione del governo, assume servizî militari all'estero, perde la qualità di francese, senza pregiudizio delle leggi penali contro il francese che si sottrae agli obblighi della legge militare (articolo 17 nuovo, 4°).

« Assumere servizî militari all'estero » significa contrarre obblighi militari con un governo straniero. In tal senso la frase era interpretata dagli stessi autori del codice civile: infatti, questa causa di decadenza veniva dal codice equiparata all'accettazione di funzioni pubbliche presso un governo estero, e il Primo Console che la propose la considerava consistere nell'« assumere servizî militari presso un'altra potenza ». (Seduta del Consiglio di Stato 6 e 14 termidoro anno IX).

D'altro canto, di fronte alla legge francese, sono governi stranieri soltanto quelli riconosciuti dal governo francese.

La perdita della qualità di francese resulta dunque dal fatto di chi contrae obblighi militari verso un governo straniero riconosciuto dal governo francese. Donde la conseguenza che il francese il quale partecipa a una guerra civile senza servire nell'esercito di un belligerante riconosciuto dal governo francese, conserva la propria nazionalità: lo stesso è a dire di chi si arruola nella guardia di una città straniera, se detta guardia non è destinata alla difesa del territorio.

Sic Cass. Fr. 30 aprile 1890, Sir., 1890, 1, 228 — Cass. Fr. 20 febbraio 1877, Sir., 1878, 1, 117; *Pasic. fr.*, e *J. Pal.*, 1878, 274; D. P., 1878, 1, 26; — Bastia, 27 dicembre 1875, Sir. 1876, 2, 66; *Pasic. fr.* e *J. Pal.*, 1876, 324; D. P., 1876, 2, 203; — Dall., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Droits civils.*, n. 304; n. 309.

Cfr. Parigi, 21 gennaio 1889, D. P., 1889, 2, 273; Sir., 1891, 1, 449; — Trib. Draguignan, 31 gennaio 1888, *Pand. fr.*, 1888, 2, 78.

V. in Locré, v. I, p. 354, n. 23; p. 361, n. 8, i lavori preparatori di cui si fa questione.

187. Anteriormente alla legge del 1889, la giurisprudenza francese riteneva inapplicabile al francese ancor soggetto agli obblighi di leva in Francia la decadenza stabilita dall'articolo 21.

Questa giurisprudenza, già poco conciliabile coll'antico articolo 21, ne sembra ora del tutto inammissibile di fronte al n. 4° del nuovo articolo 17, posto in relazione col n. 1 dell'articolo stesso.

Cfr. Cass. fr., 26 febbraio 1890, D. P., 1890, 1, 325; — Parigi, 5 agosto 1886, D. P., 1887, 2, 13; — Cass. Fr., 19 agosto 1874, D. P., 1875, 1, 151; *J. Pal.*, 1875, 118; — Huc, v. I, n. 290; — *supra* n. 179.

N. 3. Dello stabilimento all'estero senza animo di ritorno.

188. *Chi si stabilisce all'estero senza animo di ritorno rinunzia tacitamente alla nazionalità: ciò produce maggiore effetto dell'abdicazione espressa, concorrendo insieme i due elementi del fatto e dell'intenzione.* I, 382

La legge francese del 26 gennaio 1889 cancellò dall'art. 17 del codice civile questa causa di perdita della cittadinanza fran-

cese; oggi non basta più, in Francia, a far cessare la nazionalità, il trasferimento del cittadino all'estero anche se fatto senza intenzione di restituirsi in patria.

I, 383 **189.** *L'animo di ritorno si presume: spetta a chi allega la perdita della nazionalità di provare che il cittadino francese si è trasferito all'estero senza intenzione di restituirsi in patria.*

Sic Cass. Fr., 5 agosto 1879, Sir., 1879, 1, 405; *Pasic. fr.*, 1879, 1061: — 7 gennaio 1879, Sir., 1880, 1, 271; *Pasic. fr.*, 1880, 670; *J., Pal.*, 1880, 628; — Bordeaux, 27 agosto 1877, Sir., 1879, 2, 105; *Pasicr. fr.*, e *J. Pal.*, 1879, 464: — Aubry e Rau, v. I, § 74, p. 271.

I tribunali ammettono difficilmente che il cittadino si sia stabilito all'estero senza animo di ritorno. V. Bruges, 11 marzo 1889, *Pasic.*, 1889, III, 162; — Trib. Bruxelles, 2 dicembre 1885, *Pasic.*, 1886, III, 190; *J. Trib.*, 1886, 54.

I, 384. **190.** *Il secondo alinea dell'articolo 17, ai cui termini « gli stabilimenti di commercio non potranno mai considerarsi come fatti senz'animo di ritornare », deve essere interpretato nel senso che non si possa addurre la fondazione di uno stabilimento commerciale come prova che un francese abbia abbandonata l'intenzione di far ritorno in Francia.*

Sic Aubry Rau v. I, § 74, p. 272; — de Folleville, n. 464. — Conf. Bordeaux, 27 agosto 1877, D. P., 1878, 2, 193.

N. 4. Della donna francese che si marita ad uno straniero.

I, 385. **191.** *Essa diventa straniera, ma non acquista la cittadinanza del marito se non quando la legge estera lo dichiari espressamente* (articolo 19 del codice civile).

La legge francese del 26 giugno 1889 ha modificato l'articolo 19 del codice civile per quanto ha tratto alla perdita della cittadinanza francese. Il nuovo articolo 19 stabilisce che « la « donna francese maritandosi ad uno straniero segue la con- « dizione del marito, salvo che il matrimonio non le faccia « acquistare la nazionalità del marito, nel qual caso rimane « francese ».

I, 386. **192.** *L'articolo 19 è applicabile alla donna minorenne.*

La questione se il minore possa cambiare di nazionalità sarà esaminata *infra*, al titolo *della età minore*.

193. *Il cambiamento di nazionalità del marito durante il matrimonio, anche per effetto dello stabilimento all'estero senz'animo di ritorno, non ha influenza sulla nazionalità della moglie.* I, 387

Sic Rouen, 6 aprile 1887, D. P., 1889, 2, 17; *J. Pal.*, 1890, 353; — Chambery, 27 agosto 1877, D. P., 1878, 2, 184; *J. Pal.*, 1878, 101; — Toulouse, 17 luglio 1874, D. P., 1876, 1, 5; — Aubry e Rau, v. I, § 74, p. 272; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Droits civils*, n. 69 et 302; — *supra*, n. 149, 166.

N. 5. Della cessione di territorio.

I, 388.

194. *Rinvio.*

Supra, nn. 158-167.

N. 6. Del francese ammesso ad optare per una nazionalità estera.

195. La legge francese del 26 giugno 1889 ha creato una nuova causa di perdita della cittadinanza francese.

A sensi dell'attuale articolo 17, 2°, perde la qualità di francese: « il francese il quale abbia declinata la propria nazio-« nalità nei casi preveduti dal § 4 dell'articolo 8 e dagli ar-« ticoli 12 e 18 ».

Le disposizioni qui contemplate sono quelle che rendono cittadino francese, salvo facoltà d'opzione per la nazionalità straniera: 1° i figli di stranieri nati all'estero, domiciliati in Francia all'epoca della loro maggiorità (*supra*, n. 122); 2° i figli minorenni di stranieri naturalizzati (*supra*, n. 153); 3° i figli minori di ex-francesi reintegrati nella nazionalità francese (*infra*, n. 209).

196. Le dichiarazioni d'estraneità autorizzate da queste disposizioni non hanno effetto retroattivo, e chi le emise non può essere considerato come se non fosse stato mai cittadino francese.

Infatti, la retroattività è una finzione e, come tale, non deve essere ammessa se non quando la legge formalmente lo stabi-

lisce: ora, nella nostra materia, anzichè conservarla, la legge la rigetta in modo espresso riguardo alle dichiarazioni fatte allo scopo di acquistare la nazionalità francese (art. 20).

E' vero tuttavia che la non retroattività produce singolari conseguenze riguardo all'individuo nato in Francia da genitori stranieri nati all'estero e domiciliato in Francia al tempo della sua età maggiore (art. 8, 4°): costui non diviene francese che quando ha raggiunta la maggiorità e siccome deve fare la dichiarazione di estraneità nell'anno successivo al compiersi di quella, non sarà stato francese che per pochi mesi. Questa stranezza non si verifica però rispetto alle altre persone contemplate dall'articolo 17, 2°. Inoltre, l'attribuire effetto retroattivo a qualsivoglia cambiamento di nazionalità è causa di gravi inconvenienti, mentre non ve n'ha alcuno pel fatto che un individuo sia rimasto francese soltanto pochi mesi. Del resto non si comprenderebbe perchè il legislatore, qualora avesse voluto impedire il verificarsi di una simile situazione, anzichè lasciar campo alle difficoltà e agli inconvenienti che derivano dall'effetto retroattivo della mutata nazionalità, non abbia piuttosto dichiarato che la persona di cui all'articolo 8, 4° sarebbe divenuta francese se non avesse, a 22 anni, emessa una dichiarazione d'estraneità.

Sic DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Droits civils*, n. 339. — *Contra :* LE SUEUR e DREYFUS, *la Nationalité*, p. 152.

197. Si discute se le persone che la legge dichiara francesi salvo repudio entro l'anno dell'età maggiore, possano validamente, ancor minorenni, rinunziare al diritto di declinare più tardi la cittadinanza francese (art. 8, 4°; art. 12 e art. 18).

La difficoltà si presenta solo rispetto ai figli minori nati all'estero da uno straniero che si fece naturalizzare francese: infatti, chi nacque in Francia da uno straniero (art. 8, 4° e articolo 9) può, durante la minorità, acquistare definitivamente la qualità di francese emettendo la dichiarazione contemplata dall'articolo 9; il figlio nato da un francese reintegrato nella cittadinanza (art. 18) è figlio di genitore che perdette la qualità di francese, e può quindi, ancor minorenne, reclamare detta qualità che gli rimarrà definitivamente quesita (art. 10).

I figli minori nati all'estero da uno straniero che ottenne poscia la naturalità francese, non possono, durante la minorità, rinunziare efficacemente al diritto di declinare la qualità di francese entro l'anno dacchè sono divenuti maggiorenni.

La legge non lo consente; e l'accordar loro una simile facoltà varrebbe derogare alla esplicita norma dell'articolo 12 che concede ai medesimi espressamente il diritto di declinare la cittadinanza francese entro l'anno dal compimento dell'età maggiore. Solo resultato d'una rinunzia emessa durante la minorità sarebbe il sorgere d'una situazione che la legge volle impedire. Fino a quando, infatti, le persone di cui è parola non repudiano la nazionalità francese, sono francesi: la rinunzia alla facoltà di ripudio non può pertanto presentare alcuna utilità per essi durante l'età minore; avrà effetto solo nel caso in cui, entro l'anno della maggiorità, volendo ripudiare la qualità di francesi, si troverebbero impediti a far uso della rinuncia emessa in loro nome nel corso dell'età minore e costretti a rimanere francesi contro volontà. Ma è questo appunto che l'articolo 12 ha inteso d'evitare.

Perciò la rinunzia alla facoltà di repudio deve essere considerata come illegale.

Contra: art. 11 del decreto 13 agosto 1889; — LE SUEUR e DREYFUS, *la Nationalité*, p. 154, i quali citano autorità in vario senso.

§ 2. CONSEGUENZE DELLA PERDITA DELLA QUALITÀ DI FRANCESE.

198. *Il francese che perde la propria nazionalità cessa dal godimento dei diritti civili.* I, 389-390.

La moglie e i figli di lui perdono questo godimento solo allorquando perdano la qualità di francesi.

199. *Il francese che ha perduto la cittadinanza è equiparato in generale allo straniero. Gli è però assai più facile acquistare la qualità di francese.* I, 391

Nel Belgio sono abrogati i decreti del 1809 e del 1811, nonchè l'art. 21 del codice civile che consideravano la condizione del francese denazionalizzato più sfavorevolmente di quella dello straniero.

In Francia, i decreti del 1809 e del 1811 vennero abrogati per effetto dell'articolo 6 della legge 26 giugno 1869 (*supra*, n. 176).

L'attuale articolo 21 è analogo al precedente (*infra*, n. 203).

§ 3. In qual modo gli ex-francesi ricuperino la loro nazionalità.

N. 1. Condizioni.

I, 392. **200**. *La legge accorda agli ex-francesi, per riguardo alla loro origine, una posizione privilegiata relativamente al riacquisto della nazionalità originaria.*

I, 393. **201**. *Chi perdette la nazionalità in causa di naturalizzazione, accettazione di funzioni civili o stabilimento all'estero senz'animo di ritorno, può sempre ridivenire francese rientrando in Francia coll'autorizzazione dell'imperatore, dichiarando di voler ivi fissare il suo domicilio e di rinunziare a qualunque distinzione contraria alla legge francese* (art. 18).

La legge francese del 26 giugno 1889 ha modificato l'articolo 18 del codice civile. Se l'ex-francese ha perduto la cittadinanza per un motivo diverso da quello di aver assunto obblighi militari all'estero senza l'autorizzazione del governo, può essere reintegrato mediante decreto qualora risieda in Francia; non occorre alcun'altra condizione (art. 18 nuovo).

Riguardo al francese che prestò servizio militare all'estero, v. *infra*, n. 203.

202. L'articolo 18 è applicabile ai francesi che perdettero la nazionalità in conseguenza d'uno smembramento territoriale?

La disposizione è assoluta: deve dunque rigettarsi qualsiasi distinzione fra le diverse cause di perdita della nazionalità.

Questa conclusione è tanto più giusta, in quanto il francese che perdette la cittadinanza per effetto d'uno smembramento della patria, vale a dire contro sua volontà, ha diritto a un trattamento più favorevole di colui il quale divenne straniero spontaneamente.

È vero che il legislatore del 1804 non ha forse specialmente preveduta questa ipotesi. Ma ciò non ha alcuna importanza: infatti, il testo è generico; i motivi che lo suggerirono sono applicabili; e, come vedemmo più sopra, sembra che gli autori del codice civile abbiano considerato che, in caso di smembramento di territorio, il francese perde la nazionalità per effetto d'una naturalizzazione di genere speciale (*supra*, n. 139).

Sic DALLOZ, *Rép.*, *Supp.*, v. *Droits civils*, n. 330; — LE SUEUR e DREYFUS, *la Nationalité*, p. 222; — HUC, v. I, n. 301.

203. *L'articolo 21 del codice civile fu abrogato nel Belgio colla legge del 21 giugno 1865.* I, 394.

In forza della legge francese del 26 giugno 1889, « il francese il quale, senza l'autorizzazione del proprio governo, « presta servizio militare all'estero, non potrà ritornare in « Francia senza una permissione accordata mediante decreto, « e riacquistare la qualità di francese se non soddisfacendo alle « condizioni imposte in Francia allo straniero per ottenere « l'ordinaria naturalizzazione » (art. 21 nuovo).

204. *La donna francese che si maritò a uno straniero non può ridivenire volontariamente francese se non dopo lo scioglimento del matrimonio, ma in questo caso può prevalersi della sua origine, sia il matrimonio stato risolto per la morte del marito, ovvero per causa di divorzio.* I, 395

Sic AUBRY e RAU, v. I, § 75, p. 275, nota 4.

205. *Se risiede all'estero, dovrà chiedere l'autorizzazione di rientrare in Frania e dichiarare di volervisi stabilire.* I, 396.

Questa disposizione venne modificata in Francia colla legge del 26 giugno 1889 (*infra*, n. 207).

206. *Se risiede in Francia, riacquista la cittadinanza francese, purchè dichiari di volersi stabilire definitivamente in Francia.* I, 397.

Le disposizioni del codice su questa materia vennero modificate in Francia dalla legge del 26 giugno 1889 (V. al n. seguente).

È ancora vivamente controversa la questione se sia necessaria una dichiarazione sotto l'impero dell'articolo 19 del codice civile.

Non possiamo accogliere l'opinione emessa in proposito dal Laurent.

Il testo dell'articolo 19, § 2 non è punto formale, come ritiene l'illustre scrittore, e le parole « dichiarando di volervisi stabilire » possono, nonostante la virgola che le precede, riferirsi così esclusivamente alla seconda alternativa preveduta dalla legge, come a entrambe le ipotesi da essa contemplate.

I lavori preparatorî fanno fede che la dichiarazione è richiesta soltanto per la donna che risiede all'estero.

Infatti, l'articolo era, originariamente, così concepito: « Quando « divenisse vedova, riacquisterà la qualità di francese, purchè « risieda in Francia o vi rientri emettendo la dichiarazione di « volervisi stabilire ». Questi termini escludono evidentemente l'interpretazione accolta dal Laurent.

L'unico emendamento adottato consistette nell'introdurre la frase « coll'autorizzazione del governo »; e con essa soltanto compare l'attuale punteggiatura. Questa non ebbe quindi per iscopo di modificare, rispetto alla donna residente in Francia, il significato primitivo dell'articolo.

Si invocano talora in appoggio della tesi che combattiamo le parole del tribuno Gary: « L'autorizzazione del governo, la di- « chiarazione di stabilirsi in Francia, sono richieste, per l'arti- « colo 19, anche riguardo alla donna francese che sia divenuta « straniera sposando uno straniero ». Questa osservazione è affatto estranea all'argomento: essa concerne unicamente la donna che risiede all'estero; solo per essa infatti l'articolo 19 esige l'autorizzazione governativa.

Da ultimo, siccome la donna già risiede in Francia, si comprende che il legislatore abbia ritenuto inutile d'imporle l'obbligo di volervisi stabilire.

Questo sistema presenta il vantaggio che se, per effetto del matrimonio, la donna non ha più patria (*supra*, n. 170 e 191) tale anomalia scompare insieme alla causa che le diede origine.

Sic trib. Bruxelles, 6 aprile 1889, Cl. e Bonj., XXXVII, 439; — 20 febbraio 1884, *Belg. jud.*, 1884, 327; — trib. Courtrai, 31 marzo 1883, *Pasic.*, 1883, III, 195, e la nota della *Pasicrisie*; — Cass. B., 28 marzo 1876, *Pasicr.* 1876, I, 220; — Bruxelles, 1 marzo 1876, *Belg. jud.*, 1876, 412; — Bourges, 4 agosto 1874, Sir., 1875, 2, 69; *Pasic. fr.*, e *J. Pal.*, 1875, 337; Dalloz, *Rép.*, *Supp.* v. *Droits civils*, n. 119; — Cass. Fr., 13 gennaio 1873, Sir., 1873, 1, 13; *Pasicr. fr.*, e *J. Pal.*, 1873, 18; D. P., 1873, 1, 297.

Contra: Aubry e Rau, v. I, § 75, p. 275, nota 6.

Si veggano in Locré, v. I, i lavori preparatori dell'articolo 19, invocati qui sopra.

207. La legge francese del 26 giugno 1889 ha in certa misura modificate le disposizioni dell'articolo 19 del codice civile: quindi innanzi occorre sempre un decreto del governo. Il nuovo articolo 19 reca: « La donna francese che sposa uno straniero « segue la condizione del marito, salvo che il suo matrimonio « non le attribuisca la nazionalità di costui, nel qual caso ri- « mane francese. Se il matrimonio è disciolto per la morte del « marito, o per divorzio, ricupera la qualità di francese, col- « l'autorizzazione del governo, purchè risieda in Francia o vi « rientri, dichiarando di volervisi stabilire ».

208. *Quando la madre ricupera la qualità di francese, i figli conservano la loro nazionalità.* I. 398

Sic Aubry e Rau, v. I, § 75, p. 276.

Questa regola venne modificata in Francia colla legge del 26 giugno 1889 (v. al n. seguente).

209. La legge francese del 26 giugno 1889 estese in certa misura ai figli gli effetti della reintegrazione accordata mediante decreto ai loro genitori.

In forza del nuovo articolo 18, potrà, col decreto che reintegra il padre, essere concessa la qualità di francese anche ai figli maggiorenni che ne facciano domanda.

« I figli minori del padre o della madre reintegrati, diven- « gono francesi, salvo che, entro l'anno successivo alla loro « maggiore età, declinino tale qualità, conformandosi alle dis- « posizioni dell'articolo 8, § 4, art. 18 nuovo ».

È derogato a queste norme rispetto ai figli minori della donna reintegrata nella qualità di francese in seguito allo scioglimento del matrimonio, qualora ne sia stata causa la morte del marito. In tale ipotesi, i figli minorenni non divengono francesi di pien diritto.

Può essere loro accordata la nazionalità francese col decreto che ammette la reintegrazione della madre, dietro domanda di quest'ultima o mediante un ulteriore decreto, qualora l'istanza sia fatta dal tutore coll'approvazione del consiglio di famiglia (art. 19 nuovo).

Non si spiega per qual motivo il legislatore abbia modificato in questo caso la regola stabilita nell'articolo 18 relativamente ai figli minori.

210. Per analogia col precetto del nuovo articolo 12, l'attuale articolo 18 consente alla moglie dell'ex-francese, reintegrato per decreto, d'ottenere a richiesta la qualità di francese collo stesso decreto che reintegra il marito.

N. 2. Effetti.

I 399-400. **211.** *La reintegrazione nella qualità di francese non ha effetto che per l'avvenire.*

Sezione III. — Della privazione dei diritti civili per effetto di condanna giudiziale.

§ 1. Della morte civile.

I 401-403. **212.** *La morte civile è lo stato di colui che venne cancellato dalla società civile e che la legge civile considera come inesistente. Essa è oggi abolita così nel Belgio, come in Francia.*

§ 2. Dell'interdizione legale.

I, 404. **213.** *La legge penale classifica fra le pene l'interdizione da taluni diritti politici e civili.*

CAPO II.

DEGLI STRANIERI.

§ 1. Degli stranieri non domiciliati.

N. 1. Principio generale.

214. *L'articolo 11 stabilisce la massima che lo straniero gode dei diritti naturali e fruisce soltanto di quei diritti civili concessi ai francesi dai trattati colla nazione alla quale lo straniero appartiene.* I 405-121

Sic Aubry e Rau, v. I, p. 291. — *Contra:* Arntz, v. I, n. 123; — Huc insegna che l'articolo 11 si applica soltanto ai diritti dai quali gli stranieri sono esclusi per effetto di una disposizione particolare (I, n. 275); egli ammette tuttavia che gli autori di questa disposizione ebbero tutti di mira la distinzione fra diritti naturali e diritti civili (I, 274); questa confessione basta per far condannare la sua dottrina.

215. *La distinzione consacrata dal codice è teoricamente falsa. La storia dimostra come essa tenda a scomparire e come taluni diritti, considerati dapprincipio come civili, vengono poi ritenuti invece naturali.* I 422-425

216. *Il diritto d'albinaggio era stato soppresso dall'Assemblea costituente: il Tribunato ne combattè il ripristino e osteggiò la distinzione tradizionale fra diritti naturali e civili, consacrata dall'articolo 11 del codice.* I 426-429

Il diritto d'albinaggio è attualmente abolito in Francia e nel Belgio; ma vige ancora il principio dell'articolo 11.

N. 2. Dei diritti naturali di cui fruisce lo straniero.

217. *Ha il diritto di contrar matrimonio.* I, 430

218. *Ha pure il diritto di proprietà; può ottenere la concessione di una miniera* (legge 21 aprile 1810, art. 13). I, 431

La proprietà letteraria e la proprietà industriale sono governate da leggi speciali.

I, 432. **219**. *Gli spettano altresì gli smembramenti della proprietà. Occorse una legge particolare per accordargli l'ipoteca legale* (legge belga del 16 dicembre 1851).

Sic Paris, 13 agosto 1889, D. P., 1890, 2, 161; — Cass. Fr., 4 marzo 1884, Sir., 1884, 1, 273; *J. Pal.*, 1884, 668; — 5 novembre 1878, Sir., 1879, 1, 126; — *Pasic.*, *fr.*, 1879, 290; D. P., 1878, 1, 476; — Aix, 8 novembre 1875, Sir., 1876, 2, 134; *Pasic. fr.* e *J. Pal.*, 1876, 572; D. P., 1877, 2, 225; — nota alla sent. Bourges, 4 agosto 1874, Sir., 1875, 2, 69; *Pasic. fr.*, e *J. Pal.*, 1875, 337; — Cass. Fr., 5 gennaio 1872, Sir., 1872, 1, 190; *Pasic. fr.*, e *J. Pal.*, 1872, 431; D. P., 1873, 1, 76; — Aubry e Rau, v. I, § 78, p. 304 e s., note 62 e 65.

Contra: Huc, v. I, n. 276, p. 275.

I, 433 **220**. *Lo straniero ha diritto d'invocare la prescrizione.*

I, 434. **221**. *Può prevalersi delle clausole proibitive contenute nei capitoli d'oneri imposti alle società ferroviarie nell'interesse del commercio.*

Sic Cass. fr., 20 luglio 1869, Sir., 1869, 1, 382; *Pasic. fr.* e *J. Pal.*, 1869, 940; D. P., 1869, 1, 526.

N. 3. Del diritto di stare in giudizio.

I, 435. **222**. *È un diritto naturale.*

Avendo diritto di stare in giudizio, lo straniero può procedere, con tutti i mezzi di legge, all'esecuzione delle sentenze ottenute da una giurisdizione francese, e conseguire, in Francia, l'ipoteca giudiziale.

Sic Aubry e Rau, v. I, § 78, p. 302.

I 436-443 **223**. *Competenza dei tribunali francesi quando una delle parti in causa sia straniera. Arresto personale applicabile allo straniero. Obbligo per costui di prestare, in certi casi, la cauzione* judicatum solvi (art. 14 e 16 del codice civ.)

Le disposizioni del codice civile relative alla competenza dei tribunali belgi riguardo agli stranieri vennero radicalmente modificate nel Belgio cogli articoli 52 a 54 della legge 25 marzo 1876.

La materia essendo estranea al diritto civile, riteniamo di non dovercene occupare.

L'arresto personale, salvo qualche restrizione, fu abolito in Francia colla legge 22 luglio 1867 e nel Belgio con quella del 27 luglio 1871 (v. LAURENT, v. XXVIII, n. 431 segg.).

In Francia, la legge dei 5-6 marzo 1895 ha modificato l'articolo 16 del codice civile.

N. 4. DI QUALI DIRITTI CIVILI NON FRUISCE LO STRANIERO.

224. *La questione, la quale non presenta oggidì un grande interesse pratico, non può essere risoluta in modo generale; ma è necessario, relativamente a ciascun diritto, esaminare se appartenga al diritto civile o a quello delle genti.* I. 444

225. *Lo straniero gode di tutti i diritti famigliari e può quindi essere tutore o membro d'un consiglio di famiglia.* I. 445.

Sic Parigi, 21 agosto 1879, SIR., 1880, 2, 81; *Pasic. fr.*, e *J. Pal.*, 1880, 423; D. P., 1882, 5. 416; — trib. Briey, 24 gennaio 1878, SIR., 1880, 2, 81; *Pasic. fr.*, 1880, 423; D. P., 1879, 3. 40; — Cass. Fr., 16 febbraio 1875, SIR., 1875, 1, 193: *Pasicr. fr.* e *J. Pal.*, 1875, 481; D. P.. 1876, 1, 49.
Contra AUBRY et RAU, v. I, § 77, p. 285.

226. *Lo straniero non può adottare nè essere adottato.* I. 446.

V. LAURENT, vol. IV, n. 194.

227. *In difetto di uno speciale trattato, lo straniero non può possedere un marchio di fabbrica.* I. 447.

Questa materia è regolata da leggi particolari (V. legge belga 1 aprile 1879, art. 6; leggi francesi 23 giugno 1857 e 26 novembre 1873).

228. *Lo straniero non è ammesso al beneficio della cessione giudiziale.* I. 448.

Le modificazioni apportate alla legge sull'arresto personale hanno tolto ogni importanza alla questione, tanto in Francia, come nel Belgio.

I, 449. **229**. *Lo straniero non può provocare l'arresto personale.*

I, 450. **230**. *Lo straniero non può pretendere la cauzione* judicatum solvi.

Sic Bruxelles, 11 giugno 1890, *Pasic.*, 1890, II, 402; — trib. Bruxelles, 5 maggio 1885, *J. Trib.*, 1885, 872; — Liegi, 12 febbraio 1880, *Pasic.*, 1880, II, 137; *Belg. jud.*, 1880, 471; — Verviers, 13 agosto 1879, CL. e BONJ., 1879-1880, 778; — Nancy, 14 giugno 1876, SIR., 1876, 2, 208; *Pasic, fr.* e *J. Pal.*, 1876, 830; D. P., 1876, 5, 225; — AUBRY et RAU, t. VIII, § 747 *bis*, p. 131.

I, 451. **231**. *Lo straniero non è abile a fungere da testimonio in un atto notarile* (art. 9 della legge 25 ventoso anno XI; 980 cod. civ.); *ma può prestare testimonianza in un atto dello stato civile.*

§ 2. IN QUAL MODO LO STRANIERO ACQUISTI IL GODIMENTO DEI DIRITTI CIVILI.

N. 1. TRATTATI DI RECIPROCITÀ.

I 452-453 **232**. *Perchè lo straniero acquisti il godimento dei diritti civili, l'articolo 11 esige che un trattato garantisca la reciprocità.*

N. 2. DELL'AUTORIZZAZIONE CONCESSA ALLO STRANIERO DI STABILIRE DOMICILIO NEL BELGIO.

I, 454. **233**. *L'articolo 13 è ispirato al desiderio di fornire una condizione privilegiata agli stranieri residenti in Francia per acquistare la qualità di francesi.*

I 455-456. **234**. *Perchè lo straniero goda dei diritti civili, l'articolo 13 vuole ch'egli risieda di fatto abitualmente in Francia e ottenga dal capo dello Stato l'autorizzazione a stabilirvi il proprio domicilio. Questa autorizzazione è sempre revocabile.*

L'articolo 13 venne modificato in Francia colla legge 26 giugno 1889 (v. al n. seguente).

La legge non stabilisce la forma dell'autorizzazione; dal che si concluse che possa essere anche tacita. Sembra che appartenga al potere esecutivo determinarne le modalità.

V. DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Droits civils*, n. 224.

235. La legge francese del 26 giugno 1889 ha modificato l'articolo 13 del codice civile e non conserva l'autorizzazione pel domicilio che come un preliminare della naturalizzazione.

Dispone il nuovo articolo 13:

« Lo straniero il quale sia stato autorizzato mediante decreto « a stabilire domicilio in Francia godrà di tutti i diritti civili ».

« L'effetto dell'autorizzazione cesserà dopo cinque anni, se « lo straniero non faccia istanza per la naturalizzazione o la « relativa domanda venga respinta.

« In caso di morte prima della naturalizzazione, la moglie e « i figli minori all'epoca del decreto d'autorizzazione, fruiranno « di questa e del tempo decorso dalla medesima ».

Questo articolo deve essere completato colla disposizione transitoria della legge 26 giugno 1889:

« Le ammissioni a domicilio ottenute in epoca anteriore alla « presente legge saranno soggette a perenzione se, entro cinque « anni dalla sua promulgazione, le medesime non siano seguite « da una domanda di naturalizzazione, o se questa sia stata « respinta ».

236. *L'autorizzazione profitta soltanto a chi l'ha ottenuta, nè si estende alla moglie o ai figli di lui.* I, 457

In Francia, il nuovo articolo 13 si limita a dire, a questo riguardo, che in caso di morte prima della naturalizzazione, l'autorizzazione e il tempo dalla medesima decorso, gioveranno alla moglie e ai figli che erano minorenni all'epoca del decreto d'autorizzazione.

È forza ammettere, tuttavia, che finchè il padre vive, l'autorizzazione profitti ai figli minori: per verità, non si comprenderebbe per qual motivo dovrebbe produrre maggiori effetti dopo la morte, che non durante la vita di colui al quale venne accordata.

Sic, su quest'ultimo punto, DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Droits civils*, n. 234 : — LE SUEUR e DREYFUS, *la Nationalité*, p. 62. — *Contra:* HUC, v. I, n. 269. Rispetto all'opinione professata nel testo, *sic* Bordeaux, 24 maggio 1876, D. P., 1878, II, 79; — DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Droits civils*, n. 233; — *Contra:* AUBRY e RAU, v. I, § 79, p. 313.

I, 458-459.

237. *L' autorizzazione produce l' effetto di equiparare, per riguardo al godimento dei diritti civili, lo straniero al francese; tuttavia lo straniero conserva il proprio statuto personale e non fruisce di quei diritti civili, per l'esercizio dei quali la legge esige specialmente la qualità di francese.*

TITOLO II.

Degli atti dello stato civile.

CAPO PRIMO.

DISPOSIZIONI GENERALI.

Sezione I. — Degli ufficiali dello stato civile.

§ 1. Degli ufficiali dello stato civile in Francia.

II, 1-7

288. *La legge francese del 20 settembre 1792 ha laicizzato lo stato civile e tolta ai ministri del culto ogni competenza a ricevere atti che da quello dipendono.*

Il codice civile mantenne tale principio, che fu più tardi inscritto nella Costituzione belga (art. 109).

Dalla regola stabilita dalla legge del 20 settembre 1792, pubblicata nel Belgio il 29 pratile anno IV, risulta che i registri parocchiali non fanno più legalmente fede dei fatti che influiscono sullo stato civile i quali siano posteriori all'entrata in vigore della legge stessa.

Sic Cass. B., 12 aprile 1892, *Pasic.* 1892, I, 182; — 9 aprile 1890, *Pasic.*, 1890, 1, 151; — *Pand. belges*, v. *Baptême*, n. 1 a 9, e *État civil (en général)*, n. 11 segg., Cfr. pel caso in cui, non essendo stati i registri depositati nella casa comunale, non fu applicata la legge del 1792, Fuzier-Herman, *Rép. de dr. fr.*, v. *Actes de l'état civil*, n. 38.

II, 8 **239**. *La legge del 20 settembre 1792 ha affidata ai municipi la tenuta dei registri dello stato civile. La legge belga del 30 marzo 1836* (art. 3) *ha dato tale incarico al collegio dei borgomastri e scabini. Il borgomastro esercita le funzioni di ufficiale dello stato civile, qualora non venga di ciò incaricato uno scabino, da designarsi dal collegio. Nel caso d'impedimento dell' ufficiale dello stato civile, il borgomastro gli sostituisce temporaneamente un altro scabino o un consigliere comunale secondo l'ordine delle loro nomine rispettive.*

Queste disposizioni sono formali e non si può derogare dunque al modo di sostituzione in esse stabilito.

In Francia, la legge del 22 piovoso anno VIII affidò le funzioni di ufficiale dello stato civile ai sindaci e agli aggiunti.

Nel sindaco si compenetra tutta l'amministrazione; ma egli può, sotto la propria responsabilità e sorveglianza, delegare con decreto parte delle sue funzioni a uno o più aggiunti e, nel caso d'assenza o d'impedimento di questi, a membri del consiglio comunale. Queste deleghe sussistono fin quando non siano revocate (legge del 5 agosto 1884, art. 82). Risulta dai lavori preparatori che tale disposizione è applicabile anche alle funzioni d'ufficiale dello stato civile (Senato, seduta dei 10 febbraio, 5 e 30 marzo 1884).

In caso d'assenza, di sospensione, di revoca o di altro qualsiasi impedimento, il sindaco viene sostituito in via provvisoria, in tutte le sue funzioni, da un aggiunto secondo l'ordine di nomina e, in mancanza di questo, da un consigliere comunale designato dal consiglio, o preso secondo l'ordine del ruolo (legge del 5 agosto 1884, art. 84).

Nel caso in cui il sindaco ricusasse o trascurasse di fare uno degli atti prescritti dalla legge, il prefetto può, dopo averlo richiesto, procedervi d'ufficio direttamente o per mezzo d'un delegato speciale (legge del 5 agosto 1884, art. 85).

Sic, quanto al Belgio, GIRON, *Droit administratif*, t. III, n. 1165; GIRON, *Dictionnaire de droit public et administratif*, v. *Acte de l'état civil*, n. 2; — *Pand. belges*, v. *Acte de l'état civil*, n. 19 segg.; *Collège échevinal*, n. 297 segg., 375 ed *État civil (en général)*, n. 19 segg.

Sic, quanto alla Francia: FUZIER-HERMAN, *Rép. de droit fr.*, v. *Actes de l'état civil*, n. 17 e 18, 23 segg.; — DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Actes de l'état civil*, n. 15 e 18; — HUC., v. II, n. 310.

Decise nel Belgio che la legge non prescrive alcuna particolare formalità per constatare la regolarità della sostituzione dell' ufficiale dello stato civile: Cass. B., 12 maggio 1890, *Pasic.*, 1890, I. 203; *Pand. per.*, 1890, 1537.

§ 2. DEGLI ATTI DELLO STATO CIVILE RICEVUTI ALL' ESTERO.

N. 1. DEL DIRITTO COMUNE.

240. *I fatti che influiscono sullo stato civile dei francesi o degli stranieri si provano, per applicazione dello statuto reale, conformemente alla legge del paese in cui si verificarono; ove del caso anche per testimoni* (art. 47). II, 9

Ne risulta che se, per causa di negligenza, fu omesso un atto dello stato civile che avrebbe dovuto essere redatto all'estero, si supplirà alla lacuna conformemente alla legge straniera.

Sic, su quest' ultimo punto: Bordeaux, 21 dicembre 1886, *Pasic. fr.*, 1886, 73; D. P., 1887, 2, 163 e conf. *infra*, n. 271.

Sic, quanto al principio: Bruxelles, 26 novembre 1875, D. P., 1876, 2, 129; *Pasic.*, 1876, II, 54; — 11 maggio 1874, *Pasic.*, 1874, II. 413; — Bordeaux, 5 febbraio 1883, SIR., 1883, 2, 137; — Cass. Fr., 9 luglio 1873, SIR., 1873, 1, 405; *Pasic. fr.*, 1873, 904; DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Actes de l'état civil*, n. 85, nota 1 — Pau, 19 febbraio 1873, SIR., 1873, 2, 85; *Pasic. fr.*, 1873, 441; — *Pand. belges*, v. *Actes de l'état civil*, n. 563 e s. — DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Actes de l'état civil*, n. 85 e 86; — HUC, t. I, n. 327.

Cfr. *supra*, n. 39, e art. 170 del cod. civ.

241. *In applicazione del principio dell' extraterritorialità, qualunque atto dello stato civile di francesi che si trovino all'estero è valido se fu ricevuto conformemente alle leggi francesi dall'agente diplomatico o dal console di Francia* (art. 48). II, 10-11

Reciprocamente, lo straniero, qualora glielo consenta il proprio statuto personale, può invocare in Francia lo stesso principio.

Siccome la finzione della extraterritorialità fu ammessa in diritto nell'esclusivo interesse dei nazionali dell' agente diplomatico, l'agente diplomatico francese è incompetente a redigere

atti dello stato civile relativi a stranieri o a celebrare un matrimonio fra un francese e una straniera.

La controversia che si dibatteva su questo ultimo punto venne decisa, nel Belgio, contrariamente all'opinione del Laurent, dalla legge del 20 maggio 1882 a termini della quale: « Gli agenti diplomatici e i consoli del Belgio potranno celebrare matrimoni fra belgi e stranieri, se ne ottennero l'autorizzazione speciale dal ministro degli affari esteri ».

La recezione degli atti dello stato civile da parte degli agenti diplomatici e dei consoli formò oggetto nel Belgio del decreto reale del 29 aprile 1886, seguíto dalla circolare ministeriale del 13 maggio 1886; in Francia, dall'ordinanza del 23 ottobre 1833 e dalla legge dell'8 giugno 1893 che modificò gli articoli 47 e 48 del codice (v. *infra*, nn. 243 e 244). Queste diverse disposizioni legali hanno confermato il principio dell'applicabilità, in Francia e nel Belgio, delle regole intorno alla recezione degli atti dello stato civile agli atti formati all'estero dagli agenti diplomatici e dai consoli francesi o belgi.

In senso conforme al testo, trib. Seine, 2 luglio 1872, *Journal du droit international privé*, 1874, 71; — *Pand. belges*, v. *Acte de l'état civil*, n. 571 seg., e *État civil (en général)*, n. 572, 573 et 577; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Actes de l'État civil*, n. 88; — FUZIER-HERMAN, *Rép. de droit fr.*, v. *Actes de l' état civil*, n. 1281 e s., 1288; — HUC, v. I, n. 328.

N. 2. REGOLE CONCERNENTI I MILITARI.

II, 12-14 **242.** *Le norme d'eccezione stabilite nel capo V del titolo II del codice* (art. 88-98) *intorno al ricevimento, oltre il territorio nazionale, degli atti dello stato civile relativi a militari o ad altre persone al seguito delle truppe, non impediscono che gli atti medesimi siano validamente formati in conformità all'articolo 47 del codice.*

In Francia la legge dell'8 giugno 1893 ha modificato il titolo del capo V, abrogando gli art. 88-98 e sostituendo loro gli attuali articoli 93-98.

Il nuovo articolo 93 consacra l'opinione espressa nel testo: « L'articolo 93 fa rilevare anzitutto come siano applicabili all'e-« sercito tutte le regole comuni circa gli atti dello stato civile.
« Poscia, in taluni casi speciali, chiaramente determinati, attri-« buisce ad altre autorità, senza però escludere le ordinarie, il « diritto di ricevere questi atti ». (Relazione di Darlan alla Camera dei deputati).

Il nuovo capo V intolato: *Degli atti dello stato civile riferentisi ai militari e ai marinai in certi casi speciali*, oltre a regole che derogano al diritto comune per taluni atti ricevuti all'estero, stabilisce una particolare competenza per la esecuzione, in Francia, degli atti dello stato civile nel caso di mobilitazione o d'assedio. Questa competenza, dice il nuovo articolo 93, « si estenderà, qualora sia necessario, anche ai non « militari i quali si troveranno nelle fortezze o piazze assediate ». Nondimeno, anche in tal caso, la legge ammette, secondo la citata relazione, « la simultanea competenza delle autorità mi-« litari e delle autorità civili, senza priorità o preferenza dell'una « sull'altra ».

In senso contrario al testo, Huc, v. I, n. 354. — Cfr. Fuzier-Herman, *Rép. de droit fr.*, v. *Actes de l'état civil*, n. 589 segg.

Sezione II. — Dei registri dello stato civile.

248. *Gli atti dello stato civile debbono essere scritti sopra uno o più registri in doppio, parafati in ciascun foglio dal presidente del tribunale di prima istanza che ne visterà la prima e l'ultima pagina. Alla fine di ogni anno, i registri debbono essere chiusi e ridimati dall'ufficiale dello stato civile ed, entro un mese, l'uno di essi depositato nell'archivio del comune, l'altro nella cancelleria del tribunale di prima istanza* (art. 40, 41 e 43). II, 15

Nel Belgio, in forza dell'articolo 3 del reale decreto del 29 aprile 1886, i registri in cui gli agenti diplomatici e i consoli inscrivono gli atti dello stato civile vengono vistati e parafati, come indica il testo, dal ministro degli affari esteri o

da un funzionario del suo ministero da lui all'uopo delegato. Giusta l'articolo 10, al termine di ogni anno, i registri dello stato civile sono chiusi e vidimati dall'agente diplomatico, che deposita una delle copie alla cancelleria e spedisce l'altra, se possibile entro un mese, al ministero degli affari esteri dove deve rimanere. Qualora il console non abbia inscritto nei registri alcun atto, lo chiuderà del pari, ma non spedirà la seconda copia, limitandosi ad erigere un certificato negativo e a trasmettere questo al ministro.

In Francia, a norma dell'articolo 2 dell'ordinanza del 23 ottobre 1833, i due registri vengono vistati e parafati dal console: uno di essi si spedisce alla fine di ogni anno al ministero degli affari esteri dove rimane depositato perchè possa rilasciarsene copia (articolo 48 modificato dalla legge dell'8 giugno 1893).

Entro il mese successivo alla chiusura dei registri, l'ufficiale dello stato civile deve farne l'indice alfabetico: gli indici annuali vengono, ogni decennio, riuniti in modo da formarne uno solo per ciascun comune. (Decreto imperiale del 20 luglio 1807. V. inoltre, nel Belgio: decreto 2 aprile 1816; decreto reale 31 dicembre 1851; in Francia: legge 20 settembre 1792 e ordinanza 26 novembre 1823).

Non crediamo di doverci trattenere su queste quistioni, le quali riflettono piuttosto l'amministrazione che il diritto civile.

Rispetto al modo di vistare i registri, cfr. *Pand. belges*, v. *Acte de l'état civil*, n. 98; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Actes de l'état civil*, n. 23; — FUZIER-HERMAN, *Rép. de droit fr.*, v. *Actes de l'état civil*, n. 118, 1870.

Contra: AUBRY e RAU, v. I, §§ 58 e 59, p. 198, i quali sostengono che ogni foglio deve essere numerato dal presidente del tribunale.

B. 16

244. *I registri sono pubblici, nel senso che chiunque può farsene rilasciare un estratto, vale a dire una copia letterale dell' atto che vi si trova inscritto. L'estratto non è valido se non sia rilasciato da uno dei depositari dei registri.*

La pubblicità degli atti dello stato civile attribuisce dunque soltanto la facoltà a chiunque di ottenere estratti dei registri, ma non dà al pubblico il diritto di esaminare i medesimi.

La legge francese dell'8 giugno 1893, modificando l'art. 47, ammise una deroga al principio che il solo depositario dei registri ha veste per rilasciare un estratto.

A sensi del nuovo articolo 47, allorchè un atto, ricevuto all'estero e colle forme usate nel paese, concerne un francese e fu trasmesso al ministero degli affari esteri, rimarrà quivi depositato pel rilascio delle copie.

Come risulta dai lavori preparatori, queste copie sono equiparate a quelle rilasciate dal ministro degli esteri in forza dell'articolo 48 (*supra*, n. 243): equivalgono quindi agli estratti che provengono dai depositari dei registri. (Relazione del Darlan alla Camera dei deputati).

Diverse convenzioni diplomatiche concluse fra il Belgio e gli Stati esteri garantiscono, contro reciprocità, la comunicazione degli atti dello stato civile relativi ai cittadini belgi residenti all'estero. In forza di talune circolari ministeriali, gli atti in tal guisa ricevuti all'estero vengono, al pari degli atti formati all'estero dagli agenti diplomatici belgi, trascritti nei registri dello stato civile dei comuni designati nelle circolari medesime. Gli estratti di questi atti, rilasciati in seguito dai depositarî dei registri che contengono la trascrizione, non hanno, per applicazione del principio enunciato nel testo e salvo eccezioni stabilite dalla legge per casi particolari, lo stesso valore degli estratti rilasciati dai depositari degli atti originali.

Sic, rispetto alla pubblicità: Bordeaux, 30 agosto 1880, SIR. 1881, 2, 50; *Pasic. fr.*, 1881, I, 316; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Actes de l'état civil*, n. 31; — HUC, v. II, n. 318; *Pand. belges*, v. *Acte de l'état civil*, n 468 e segg.

Sic, relativamente agli estratti rilasciati da chi non sia depositario dei registri: Cass. B., 12 aprile 1892, *Pasic.* 1892, I, 176; — 12 maggio 1890, *Pasic.* 1890, I, 203; *Pand. pér.*, 1890, 1537.

La legge francese del 17 agosto 1897 ha stabilito al suo articolo 4: « L'articolo 47 del codice civile è così completato: « Essi (gli estratti del registro dello stato civile) indicheranno « in tutte lettere la data sotto la quale vennero rilasciati ».

SEZIONE III. — Della redazione degli atti.

§ 1. DELLE FORME.

II 17-18 **245.** *L'ufficiale dello stato civile, il cui ministero è puramente passivo, non può inserire nell'atto se non quanto deve essere dichiarato dai comparenti* (art. 38). *Egli ha obbligo di rifiutarsi a ricevere una dichiarazione che conosce falsa o che potrebbe nuocere a un terzo, per esempio: la dichiarazione di chi affermandosi padre del futuro coniuge, interviene per consentire al matrimonio, mentre, a scienza dell'ufficiale dello stato civile, non è punto il padre; la dichiarazione di una levatrice che certa donna abbia partorito, quando all'ufficiale consti che non è vero; la dichiarazione di un coniugato di essere padre del bambino nato da una donna indicata, se l'ufficiale dello stato civile sa che il dichiarante è maritato con persona diversa.*

La teorica del Laurent, relativamente al diritto dell'ufficiale dello stato civile di rifiutarsi a ricevere talune dichiarazioni, è troppo generale e gli esempi citati la dimostrano erronea.

L'ufficiale dello stato civile deve certamente ricusare la celebrazione del matrimonio se chi si presenta come padre di uno degli sposi non sia tale. La ragione sta in ciò, che la mansione dell'ufficiale rispetto al matrimonio è ben diversa da quella che disimpegna negli altri atti dello stato civile: qui, infatti, esso non si limita a ricevere dichiarazioni, ma redige un atto che costituisce un contratto d'interesse pubblico; per conseguenza, deve verificare se siano adempiute le condizioni che la legge esige perchè il contratto possa formarsi.

Del pari, dovrà rifiutarsi a dare atto del riconoscimento di un figlio adulterino, perchè la legge statuisce espressamente non potersi riconoscere i figli nati dall'adulterio (art. 335).

Ma sarebbe in colpa se, reputando menzognera una dichiarazione non vietata dalla legge, si arrogasse il diritto che il Laurent gli concede, di non riceverla.

La legge dice ch'egli è tenuto a registrare ciò che le parti debbono dichiarare: pertanto non potrà dare atto di dichiarazioni le quali, sincere o no, sono proibite dalla legge, come il riconoscimento della filiazione adulterina. Per vero, dal momento che il legislatore le vieta, le parti non debbono farle. Ma siccome la legge non gli attribuisce il diritto di ricusare, sotto pretesto di falsità, la dichiarazione di un fatto su cui i comparenti debbono legittimamente pronunziarsi, non è possibile accordargli tale facoltà senza far dipendere lo stato civile dei cittadini dal grado di credulità che gli ufficiali dello stato civile prestano ai pettegolezzi di chi li circonda. Per questo motivo appunto il tribuno Siméon diceva con tanta ragione e chiarezza, nel passo censurato dal Laurent: « Gli ufficiali dello stato « civile, redattori e conservatori delle dichiarazioni delle parti, « compiono soltanto un ministero passivo. — Non sono giudici, « ma cancellieri, commissarì d'inchiesta; non possono scrivere « se non quanto vien loro dichiarato ed anzi unicamente ciò « che deve ad essi dichiararsi.... Se ne videro sospettare la « legittimità dinanzi a loro proclamata, negare o porre in dubbio « il matrimonio dal quale si asseriva essere nato un figlio, « chiederne le prove e trasformare in requisitorie semplici fun- « zioni che si riducono a ricevere delle dichiarazioni. L'arti- « colo 35 del progetto previene questo abuso ». (Tribunato, assemblea generale del 17 ventoso anno XI).

Sic HUC, v. I, n. 314; — DALLOZ, *Rép.*, *Suppl.*, v. *Actes de l'état civil*, n. 27 segg.

In senso conforme al testo, FUZIER-HERMAN, *Rép. de droit fr.*, n. 213 segg. Riguardo al diritto dell'ufficiale dello stato civile di rifiutarsi alla celebrazione di un matrimonio, v. trib. Senna, 20 maggio 1896, SIR. e *J. Pal.*, 1896, 2, 221.

246. *Le formalità per la redazione degli atti sono stabilite negli articoli 36 a 39 e 42 del codice. Quando la legge fissa un termine per fare la dichiarazione, non può essere ricevuta una dichiarazione tardiva; l'atto non può essere iscritto se non per virtù di sentenza* (Parere del Consiglio di Stato, 12 brumaio anno XI).

II, 19-20

Anche gli stranieri sono validi testimoni all'atto.

Non è ancor decisa la questione se, nel Belgio, l' ufficiale dello stato civile debba, conformemente al decreto reale 26 gennaio 1822, inserire negli atti i titoli di nobiltà.

Secondo il codice civile, l'ufficiale non può farlo.

L'art. 34 del codice statuisce che gli atti dello stato civile debbono enunciare i nomi e i prenomi delle persone che vi sono indicate. Non fa espressa menzione dei titoli nobiliari: d'altra parte non si può dire che siano implicitamente compresi nell'espressione « nomi e prenomi », poichè, all'epoca in cui entrò in vigore l'articolo 34, i titoli di nobiltà erano aboliti.

Tutta la legislazione francese e belga distingue nettamente i titoli nobiliari dai nomi; l'articolo 259 del codice penale del 1810 puniva l'usurpazione dei titoli di nobiltà senza prevedere quella dei nomi; in Francia, il nuovo articolo 259 del codice penale distingue i due fatti; nel Belgio, l'articolo 231 commina a chi si attribuisce un nome falso una pena diversa da quella con cui reprime l'usurpazione di titoli nobiliari; da ultimo, le pratiche per ottener il cambiamento del nome sono affatto differenti da quelle che regolano la collazione di un titolo di nobiltà.

Pertanto, la distinzione, che esisteva all'epoca in cui entrò in vigore il codice civile, fra il nome e il titolo nobiliare, fu conservata; nè si può dire che il nome implichi anche il titolo di nobiltà. Perchè dunque l'ufficiale dello stato civile debba inserire quest'ultimo, occorre una legge che glielo imponga.

Ciò fece, nel Belgio, il decreto del 26 gennaio 1822. Si discute se la costituzione (art. 75) non l'abbia abrogato. A norma della diversa soluzione di questa controversia di diritto pubblico, che non possiamo esaminare in un trattato di diritto civile, bisogna decidere se gli ufficiali dello stato civile debbono, o meno, inserire negli atti i titoli nobiliari.

In Francia, non vi ha legge che imponga loro un tale obbligo: dovranno dunque continuare a conformarsi al codice civile.

Nella pratica però, questa regola non è seguíta, nè in Francia, nè nel Belgio.

Chè anzi, siccome la cosa presenta ben pochi inconvenienti, la maggior parte di quegli stessi i quali negano che l'ufficiale dello stato civile abbia, in forza dell'articolo 34 del codice civile, obbligo di enunziare i titoli di nobiltà, gli riconoscono volentieri la facoltà di indicarli.

Ecco una flagrante violazione della legge e un aperto disconoscimento dei principii sui quali poggia l'intero organismo dello stato civile.

La legge volle che lo stato civile sia stabilito identicamente per tutti i cittadini; perciò essa indica quali fatti le dichiarazioni debbano concernere e vieta d'inserire negli atti dichiarazioni che riflettono fatti diversi (*supra*, n. 245). È palese che questa uniformità sarà violata se, a suo arbitrio, l'ufficiale dello stato civile può iscrivere, o meno, nell'atto i titoli di nobiltà: ed è del pari evidente che se una tale menzione dipende dal suo capriccio, vien meno il carattere passivo della funzione che la legge gli conferisce (*supra*, n. 245). L'errore di questa tesi conciliativa è dimostrato, da ultimo, dalla singolare conseguenza cui giungono taluni dei suoi fautori, i quali riconoscono bensì all'ufficiale dello stato civile il diritto di enunciare i titoli dì nobiltà, ma qualora non lo faccia, decidono che l'atto non è soggetto a rettificazione, perchè conforme alla legge.

Sic, quanto alla mancanza di un obbligo per l'ufficiale dello stato civile. trib. Anvers, 23 ottobre 1891, *Pand. pér.*, 1892, 246; — Gand, 30 ottobre 1886, *Pasic.*, 1887, II, 36; *J. Trib.*, 1887, 70; *Belg. jud.*, 1886, 1502; Cl. e Bonj., XXXV, 93; — 13 febbraio 1886, *Pasic.*, 1886, II, 272; *Belg. jud.*, 1886, 1160; — Discorso inaugurale del procuratore generale presso la Corte d'appello di Gand, *Belg. jud.*, 1883, 1553; — *Pand. belges*, v. *Acte de l'état civil* (*en général*), p. 421, n. 137, a 142 [19].

Contra: Liegi, 9 maggio 1878, *Pasic.*, 1878, II, 245; *Belg. jud.*, 1878, 1530; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Actes de l'état civil*, n. 46; — Circ. min. giust. (De Lantsheere), 22 febbraio 1876 (*Rec.*, p. 53; *Pand. belges*, v. *Acte de l'état civil*, n. 142).

Comp. *infra*, n. 247 e 255.

247. La legge del 6 fruttidoro anno II, i cui articoli 1 e 4 sono tuttodì in vigore, salve le modificazioni resultanti dal ristabilimento dei titoli di nobiltà, vieta ai pubblici funzionarî di designare negli atti i cittadini altrimenti che coi nomi e i prenomi indicati nell'atto di nascita.

L'ufficiale dello stato civile deve quindi riprodurre il nome quale si trova inscritto nell'atto di nascita; ora, l'ortografia del nome contribuisce all'identificazione di esso: due nomi, quantunque composti di suoni uguali, non sono identici se differiscono ortograficamente. Risulta da ciò che se, nell'atto di nascita, ad esempio, il nome è scritto con una sola parola, l'ufficiale dello stato civile dovrà così riprodurlo.

Non soltanto il nome può essere diviso, ma ancora, se sia preceduto dalla particella *de* scritta con una *D* maiuscola, l'ufficiale non potrà sostituirvi, su domanda delle parti, una *d* minuscola.

Nello stato attuale dei nostri costumi, la particella *de* scritta con una *d* minuscola ha per taluni un valore diverso da quello che avrebbe se fosse scritta con una *D* maiuscola; perciò, oggi (poco importa che prima della legge del 6 fruttidoro anno II la particella sia stata o no un segno di nobiltà) modificare la dimensione della sua lettera iniziale deve essere considerato un cambiamento di nome, e, per conseguenza, l'ufficiale dello stato civile non può farlo.

Sic Bruxelles, 25 aprile 1888, *Pasic.*, 1888, II, 280; *Pand. pér.*, 1888, 1565; *J. Trib.*, 1888, 675. Il ricorso contro questa sentenza venne rigettato il 14 marzo 1889, *Pasic.*, 1889, 1, 152; *Belg. jud.*, 1889, 875; *Pand. pér.*, 1889, 841; HUMBLET, *Traité des noms*, n. 21 segg. e n. 183; — *Pand. belges*, v. *Acte de l'état civil*, n. 351 e segg., ed *État civil (en général)*, p. 442, n. 341 e 342 e segg.

Contra: Trib. Anvers, 27 marzo 1896, *Pasic*, 1896, III, 172, resa però in tema di rettificazione, v. *infrà*, n. 254.

§ 2. NULLITÀ. — SANZIONE.

N. 1. NULLITÀ.

H, 21-23 **248.** *La violazione delle regole prescritte per la redazione degli atti dello stato civile non importa nullità dell'atto se non concerna una formalità la cui mancanza renda l'atto inesistente. Sarebbe così se l'atto non fosse ricevuto da un ufficiale dello stato civile o se costui celebrasse il proprio matrimonio. È dubbio*

se possa annullarsi l'atto ricevuto da un ufficiale dello stato civile fuori dei confini del comune in cui risiede.

Sono validi gli atti di nascita e di morte ricevuti dall'ufficiale dello stato civile che è parte nei medesimi.

Il principio non è controverso: trattasi dell'applicazione della regola generale esposta *supra* al n. 22.

Ma non possiamo consentire in tutte le deduzioni che ne trae il Laurent.

Fuori del comune in cui esercita la propria funzione, l'ufficiale dello stato civile è un semplice privato, destituito di qualsivoglia carattere pubblico. L'atto ch'egli ricevesse in tali condizioni, non sarebbe più ricevuto da un ufficiale dello stato civile e sarebbe perciò inesistente. Ammettendo il contrario, come fa il Laurent, si verrebbe a stabilire che in un comune possono esservi contemporaneamente due ufficiali dello stato civile capaci di ricevere atti legittimi, cioè ad attribuire ad ogni ufficiale dello stato civile la facoltà di ricevere atti per tutto il territorio.

Ma l'atto dello stato civile eretto da un ufficiale dello stato civile nel proprio comune e contenente una dichiarazione relativa ad un fatto, come la nascita o la morte, avvenuto in un comune diverso, non sarebbe nullo: per vero, l'atto sarebbe stato ricevuto da un funzionario pubblico avente la capacità di ricevere simili atti.

Se l' ufficiale dello stato civile dichiara un decesso o una nascita, l'atto che egli medesimo erigesse, sarebbe nullo. Qualsiasi atto dello stato civile suppone, come è manifesto per l'articolo 35, da un lato, un ufficiale dello stato civile, ente passivo, che riceve la dichiarazione e non può inserirvi nulla secondo le proprie notizie personali; dall'altro un privato da cui emana la dichiarazione stessa (*supra*, n. 245). L'atto dello stato civile implica dunque un rapporto fra due persone l' una delle quali redige la dichiarazione dell'altra: quando vi è un solo individuo, non esiste più l'atto. Invero, o si considera il funzionario come dichiarante, e manca l'ufficiale dello stato civile; o lo si considera come ufficiale, e non può stendere alcun

atto, non essendogli concesso di registrare quanto gli consta unicamente per scienza propria.

Per giustificare l'opposto insegnamento, il Laurent si appoggia alle regole di diritto romano relative alla giurisdizione volontaria. Non crediamo punto che gli autori del codice abbiano voluto fare di queste regole il principio alla cui stregua dovrebbe decidersi la questione sulla validità degli atti dello stato civile. D'altronde, il Laurent ammette la nostra soluzione quanto al matrimonio, e, veramente, la situazione è identica, si tratti di matrimonio, di nascita o di morte.

Nel Belgio, il decreto dell'8 giugno 1823 (art. 4) vieta agli ufficiali dello stato civile di ricevere qualsiasi atto che interessi personalmente loro o le loro mogli, i loro genitori e figli. L'atto formato contrariamente a questa regola è valido in quanto, come abbiamo veduto, l'ufficiale dello stato civile non sia parte nel medesimo.

Conforme al testo per quanto concerne il principio: Trib. Liegi, 2 luglio 1892, *Pand. pér.*, 1892, 1254; — *Pand. belges*, v. *Acte de l'état civil*, n. 174; — Cfr. riguardo agli atti nei quali è parte l'ufficiale dello stato civile: DALLOZ, *Rép.*, *Supp.*, v. *Actes de l'état civil*, n. 21; — AUBRY e RAU, v. I, § 56, p. 196; — HUC, v. I, n. 312.

II, 24 **249.** *L'atto scritto sopra un foglio volante non è un atto dello stato civile; non si fa luogo a rettificazione, poichè i registri non contengono nulla.*

La questione verrà esaminata *infra*, n. 257.

II, 25-27 **250.** *Si dubita se l'atto non munito della firma dell'ufficiale dello stato civile sia inesistente; l'atto non firmato dalle parti non è necessariamente nullo, poichè la sottoscrizione è richiesta unicamente nel loro interesse; e neppure tolgono esistenza all'atto la mancanza dei testimoni, la tardiva inscrizione, la dimenticanza, in un atto di nascita, della menzione dell'età dei genitori.*

Non è inesistente l'atto mancante della sottoscrizione così delle parti, come dell'ufficiale dello stato civile. Se è vero, come

è detto nel testo, che la firma delle parti trova ragione nell'interesse delle medesime, altrettanto avviene rispetto all'intervento del pubblico ufficiale, poichè tutte le formalità hanno l' istesso scopo: dare allo stato civile dei cittadini quella certezza che è altrettanto utile alle parti quanto alla collettività.

Il Laurent osserva, è vero, che la sottoscrizione delle parti è, a rigore di logica, inutile negli atti dello stato civile, poichè queste riferiscono fatti a comprovare i quali basta l'intervento dell'ufficiale dello stato civile. Ma è un errore: la firma dell'ufficiale è obbligatoria per lo stesso motivo per cui lo è quella delle parti. Essa fa fede che l' ufficiale approva il contenuto dell'atto, come la sottoscrizione delle parti attesta che costoro ne riconoscono la veracità: si dovrà dunque applicare ad entrambe la stessa regola.

Invano l'illustre scrittore soggiunge non potersi dedurre alcun argomento del carattere obbligatorio delle sottoscrizioni delle parti negli atti notarili, basandosi su ciò che in questi ultimi le parti contraggono delle obbligazioni, mentre negli atti dello stato civile ciò non accade. La distinzione è erronea: l'atto dello stato civile, appunto perchè constata fatti che influiscono sullo stato civile dei cittadini, può essere benissimo per le parti fonte di diritti o di obbligazioni, come accadrebbe, ad esempio, della dichiarazione di nascita del figlio fatta dal padre o di quella di morte del genitore fatta dal figliuolo.

Da un canto, la legge non commina alcuna nullità; dall'altro, l' atto può esistere anche senza le sottoscrizioni, potendo la mancanza di queste derivare da una semplice negligenza. Bisogna dunque conchiuderne che l'atto, il quale non sia sottoscritto dall'ufficiale dello stato civile, esiste bensì, ma è annullabile secondo le circostanze. Lo sarà se l'omissione fu volontaria, resultando da ciò che l' ufficiale dello stato civile non intese di autenticare l' atto; sarà invece soggetto a semplice rettifica se l' omissione è conseguenza d'una svista.

La stessa regola si dovrà applicare se manchi la sottoscrizione delle parti. Dipese la mancanza da una semplice svista? L'atto sarà valido, ma soggetto a rettifica. Fu invece volontaria e le parti non firmarono perchè non si riferiva quanto esse intendevano dichiarare? E potrà essere annullato.

Dalle esposte considerazioni si deduce che la mancanza delle sottoscrizioni dei testimoni non rende l'atto nullo di pien diritto.

Sic Pand. belges, v. *Acte de l'état civil*, n. 175; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Actes de l'état civil*, n. 47 e 48; FUZIER-HERMAN, *Rép. de droit fr.*, v. *Actes de l'état civil*, n. 218 e segg., 223.

Rispetto alla mancanza di sottoscrizione da parte dell' ufficiale dello stato civile, *sic:* trib. Courtrai, 5 maggio 1883, *Pasic.*, 1883, III, 219. — *Contra:* HUC, I, 317. — Confr. Cass. Firenze, 19 febbraio 1880, SIR., 1881, 4, 8; *J. Pal.* 1881, II, 18; *Pasic. fr.*, 1881, II, 18; DALL., *Rép.*, *Suppl.*, *loc. cit.*, n. 17 in nota.

Per quanto è dell'omissione della firma delle parti, *sic:* Bruxelles, 1 agosto 1885, *Pasic.*, 1885, II, 384; *Belg. jud.*, 1885, 1070; — Cass. B., 23 febbraio 1885, *Pasic.*, 1885, I, 65; *Belg. jud.*, 1885, 351, che cassa Gand, 31 dicembre 1884, *Pasic.*, 1885, II, 64; *Belg. jud.*, 1885, 31; — Cass. fr., 28 novembre 1876, SIR., 1877, 1, 172 e la nota; *J. Pal.*, 1877, 416; D. P., 1877, 1, 367. — Cfr. Cass. B., 21 dicembre 1885, *Pasic.*, 1886, I, 27.

Sic, riguardo alla mancanza della sottoscrizione dei testimoni: FUZIER-HERMAN, *loc. cit.*, n. 222.

N. 2. SANZIONE.

II, 28 **251**. *La sanzione delle leggi che governano la materia degli atti dello stato civile fa parte della responsabilità civile e penale degli ufficiali pubblici tenuti alla redazione e alla conservazione degli atti. Il procuratore imperiale deve verificare i registri allorchè vengono depositati in cancelleria.*

La responsabilità civile degli ufficiali dello stato civile si determina secondo le regole generali che verranno esposte nel commento agli articoli 1382 e seguenti del codice civile.

Non crediamo di poter discutere, in un'opera di puro diritto civile, la questione relativa alla loro penale responsabilità.

Fu giudicato che l'ammenda comminata dall'articolo 50 del codice, ancorchè applicata dai tribunali civili, è una penalità ordinaria soggetta alle regole generali del diritto penale: Cass. B., 21 maggio 1894, *Pasic.*, 1894, I, 221, e la nota.

Ma che la relativa azione si prescrive in tre anni, anche se la pena applicata sia inferiore alle lire 26: Cass. B., 23 luglio 1894, *Pasic.*, 1894, I, 276. — Cfr. Cass. fr., 27 dicembre 1892, D. P. 1893, 1, 305, e sul rinvio, Riom, 26 aprile 1893, D. P., 1893, 2, 539.

È stato pur deciso che l'ammenda comminata dall'articolo 50 è applicabile in caso di negligenza nella tenuta del registro delle pubblicazioni matrimoniali: Limoges, 13 febbraio 1895, *Pasic.*, 1895, IV, 141; Sir. e *J. Pal.*, 1895, 2, 192, in riforma della sentenza di Aubusson, 17 dicembre 1894, Sir, 1895, 2, 151.

§ 3. Della rettificazione degli atti dello stato civile.

252. *L'atto formato e sottoscritto non può più venir modificato se non in seguito a sentenza di rettificazione che deve essere inscritta nei registri e annotata in margine dell' atto riformato* (art. 101). II, 29

Gli articoli 99 e 101 del codice furono modificati in Francia colla legge 8 giugno 1893.

L'attuale articolo 99 conferma il principio stabilito dalla precedente disposizione e regola qualche caso speciale (*infra*, n. 259 e 262).

Il nuovo articolo 101 modifica l'anteriore nel senso che affida al pubblico ministero la cura di trasmettere immediatamente la sentenza di rettificazione all'ufficiale dello stato civile del luogo in cui si trova inscritto l'atto rettificato.

Nel v. III, n. 480, il Laurent esamina la questione se si possa, col pretesto d'invocare la rettificazione di un atto, introdurre un' azione di reclamo di stato all'infuori dei casi in cui sarebbe consentito dalla legge.

253. *Per massima la rettificazione non può essere richiesta che dalle parti interessate, cioè da chiunque vi abbia un interesse pecuniario o d'altra indole* (art. 99). II, 30-32

Per eccezione, il pubblico ministero può agire d' ufficio allorchè gli atti concernano persone indigenti, o la rettifica presenti, oltre al vantaggio di far scomparire una irregolarità, un interesse particolare pel corpo sociale: quando, ad esempio, l'errore venne commesso per isfuggire all' applicazione di una legge d'interesse dell' intera società, come quella sul reclutamento.

Nel Belgio non vi ha legge la quale autorizzi il ministero pubblico a provocare la rettificazione degli atti dello stato civile nell'interesse dei poveri: il parere del Consiglio di Stato in data 12 brumaio anno XI e il decreto del 18 giugno 1811, citati dal Laurent, non gli consentono di agire se non nei casi in cui l'ordine pubblico lo esiga. Alcune recenti leggi sul matrimonio gli hanno però conferito il mandato di chiedere la rettificazione, nell'interesse delle persone indigenti, in quei casi che le leggi stesse determinano.

In Francia, sempre quando si tratti di poveri, è ammessa l'azione d'ufficio che trova fondamento sulle circolari ministeriali del 6 brumaio anno XI e del 22 brumaio anno XIV, nonchè sull'articolo 75 della legge 25 marzo 1817, prescrivente il visto col bollo e la registrazione dei singoli atti della procedura seguìta dal pubblico ministero, a scopo di rettifica degli atti dello stato civile relativi a persone indigenti. La legge del 10 dicembre 1850 ha conferito espressamente al ministero pubblico il diritto di agire d'ufficio per ottenere la regolarizzazione degli atti di stato civile necessari pel matrimonio dei poveri, ovvero quando fu ommessa od è erronea la dichiarazione prescritta dalla legge medesima riguardo al contratto nuziale.

Non è caso che procediamo oltre nello svolgimento del tema, poichè le questioni relative all'azione d'ufficio del pubblico ministero, come giustamente rileva il Laurent, concernono piuttosto la procedura che non il diritto civile.

Riguardo agli atti che si riferiscono ai poveri, legge belga, *sic:* **ROLAND e WOUTERS,** ***Guide de l'officier de l'état civil,*** **n. 10; —** ***Pand. belges,*** **v.** ***Acte de l'état civil,*** **n. 313; — Legge francese,** *sic:* **FUZIER-HERMAN,** ***Rép. de droit fr.,*** **v.** ***Actes de l'état civil,*** **n. 684.**

Relativamente ai diritti dei privati, conforme al testo: Bruxelles, 23 aprile 1892, ***Pasic.,*** **1892, II, 285; — 25 aprile 1888,** ***ibid.*** **1888, II, 280; —** ***Pand. belges,*** **v.** ***Acte de l'état civil,*** **n. 308. — DALL.,** ***Rép., Supp.,*** **v.** ***État civil,*** **n. 108; — FUZIER-HERMAN,** ***loc. cit.,*** **n. 674 segg.**

Per quanto concerne il diritto del pubblico ministero di agire d'ufficio allorchè vi è interessato l'ordine pubblico, conforme al testo: Gand, 9 febbraio 1888, ***Pasic.,*** **1888, II, 274;** ***Belg. jud.,*** **1888, 1467 (dove la sentenza fu riferita colla data erronea dell'11 febbraio 1888); — Trib. Liegi, 18 giugno 1887,** ***Belg. jud.,*** **1887, 1124; — Gand, 15 dicembre 1886,** ***Pasic.,*** **1887, II, 89;** ***Belg. jud.,*** **1887, 285; — 22 luglio 1885,** ***Belg. jud.,*** **1886, 1337;** ***Pasic.,*** **1887, II, 23; — 2 agosto 1884,** ***Pasic.,*** **1885, II, 208; — 26 luglio 1884,** ***Belg. jud.,***

1884, 955; — Cass. B., 5 maggio 1881, *Pasic.*, 1881, I, 230; *Belg. jud.*, 1881, 657; D. P., 1881, II, 241; — *Pand. belges*, v. *Acte de l'état civil*, n. 312 e s.; v. *État civil (en général)*, n. 313 e 319, p. 432. — Debacq, *de l' Action du ministère public en matière civile*, p. 194 e seg.; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Actes de l' état civil*, n. 109 e seg.; — Fuzier-Herman, *loc. cit.*, n. 685 e seg. — Confr. Chambery, 7 febbraio 1885, D. P., 1885, 2, 241; *Pasic. fr.*, 1886, 1214; — Cass. Fr. 5 novembre 1884, *J. Pal.*, 1885, 649; D. P., 1885, 1, 81; — 28 novembre 1877, D. P., 1878, 1, 209; *Pasic. fr.*, 1878, 865; — Huc, I, 360.

254. La rettificazione di un atto ha lo scopo di far scomparire gli errori che lo viziano e può quindi essere domandata da chi vi abbia interesse qualunque sia l'irregolarità contenuta nell'atto, senza riguardo alla maggiore o minore importanza di essa.

Conseguentemente la domanda sarà ammessibile se un cognome fu scritto in una sola anzichè in due parole, o se la prima delle due parole che lo compongono abbia l'iniziale majuscola anzichè minuscola (*supra*, n. 247).

È ben vero che la legge non ha dettata alcuna norma riguardo alla dimensione delle lettere iniziali, come non si occupò della forma delle altre lettere onde è composto il cognome ed il nome. Essa volle col suo silenzio fare riferimento alla consuetudine. Ora l'uso vuole oggi che talune parole, come la particella *de*, abbiano valore diverso secondo che cominciano con una lettera maiuscola o minuscola; per conseguenza ove del caso, si può domandare la rettificazione anche su questo punto.

Per ottenerla però non basta produrre qualche atto di nascita in cui la particella *de* sia scritta con lettera maiuscola; occorre altresì venga provato che ciò ebbe luogo pensatamente e allo scopo appunto di attribuire alla particella stessa il significato che la consuetudine le dà attualmente, ma che è incerto avesse in altri tempi e che può solo legittimare la domanda di rettificazione.

Sic Liegi, 14 novembre 1894, *Pasic.*, 1895, II, 141; *Pand. pér.*, 1895, 235; — Bruxelles, 25 aprile 1888, *Pasic.*, 1888, II, 280; *J. Trib.*, 1888, 675; — 18 gennaio 1886, *Pasic.*, 1886, II, 154; *Belg. jud.*, 1886, 113; — Trib. Bruxelles, 22 novembre 1884, *Belg. jud.*, 1884, 1500; *Pasic.*, 1885, III, 162; — Gand, 26 aprile 1884, *Pasic.*, 1884, II, 252; — Tolosa, 15 marzo 1893, D. P.,

1893, 2, 332; SIR., 1893, 2, 281 e la nota; — Trib. Orange, 21 aprile 1893, SIR., 1893, 3, 282; — Limoges, 9 aprile 1878; SIR., 1878, 2, 195; *J. Pal.*, 1878, 835; D. P., 1878, 2, 121; — Angers, 23 marzo 1876, SIR., 1876, 2,283; *J. Pal.*, 1876, 1109; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Actes de l' état civil*, n. 101 e seg.: — FUZIER-HERMANN, *Rép. de droit franç.*, v. *Actes de l' état civil*, nn. 651 sgg. *Pand. belges*, v. *Acte de l' état civil*, n. 351 e seg., e *État civil (en général)*, n. 341 e 342[14] e seg., p. 442; — HUMBLET, *Traité des noms*, n. 17 e s.

Contra: Trib. Anvers, 25 marzo 1896, *Pasic.*, 1897, III, 172.

V. *supra*, n. 247 e *infra*, n. 255.

255. I titoli di nobiltà, da non confondersi coi nomi di certe terre aggiunte ai cognomi per distinguere i membri d'una stessa famiglia (art. 2 del decreto 6 fruttidoro anno II) non possono, come abbiamo veduto (n. 246), essere inserti negli atti dello stato civile se non in quanto una legge, posteriore al codice, abbia obbligate le parti a dichiararli e con ciò imposto all'ufficiale dello stato civile di farne menzione.

Mancando una simile disposizione, l'atto che abbia omessi i titoli nobiliari è conforme al prescritto della legge e non può quindi essere rettificato.

Si dovrà applicare la regola medesima riguardo alla particella *de* separata dal nome se, in luogo di considerarla come parte di questo, la si riguardi come denominazione distinta, che costituisca un titolo di nobiltà.

Ammettono la rettificazione in caso di omissione o erronea inserzione di titoli nobiliari: Gand, 22 luglio 1885, *Belg. jud.*, 1886, 1337; *Pasic.*, 1887, II, 23; — 15 gennaio 1885, *Pasic.*, 1885, II, 306; — Nîmes, 11 maggio 1875, SIR., 1876, 2, 267; *J. Pal.*, 1876, 1011; — HUMBLET, *Traité des noms*, n. 49 e segg.

Contra: Anvers, 23 ottobre 1891, *Pand. pér.*, 1892, 246; — Gand, 30 ottobre 1886, *Pasic.*, 1887, II, 36; *J. Trib.*, 1887, 70; *Belg. jud.*, 1886, 1502; CL. e BONJ., v. XXXV, 93; — Discorso inaugurale del LAMEERE, procuratore generale presso la Corte d'Appello di Gand, *Belg. jud.*, 1883, 1560.

Cfr. DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Actes de l'état civil*, n. 104; — *Pand. belges*, v. *État civil (en général)*, n. 341, 342[1] e sogg., p. 438 e segg., *Acte de l'état civil*, n. 341 e s.; — FUZIER-HERMAN, *Rép. de droit fr.*, v. *Actes de l' état civil*, n. 657 e seg.

Rispetto al carattere nobiliare della particella *de*, v. Tolosa, 15 marzo 1893, SIR. e *J. Pal.*, 1893, 2, 281 e la nota; D. P., 1893, 2, 332; — Trib. Orange, 21 aprile 1893, SIR. e *J. Pal.*, 1893, 2, 282; entrambi decidono che la parti–

cella *de* non è un segno di nobiltà ovvero una qualifica nobiliare; — HUMBLET, *Traité des noms*, n. 18; DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Nom*, n. 52 segg.; — FUZIER-HERMAN, *Rép. de droit fr.*, v. *Actes de l'état civil*, n. 652.

256. Una persona ottiene di mutar cognome, a sensi della legge dell'11 germinale anno XI. Potrà essa dopo ciò chiedere che vengano rettificati gli atti dello stato civile che la concernono, specialmente il suo atto di nascita?

La rettificazione presuppone un errore nell'atto; ha per iscopo, come disse il Consiglio di Stato nel suo parere del 12 brumaio anno XI, « di sostituire la verità all'errore in un atto già esistente ». Ora, nella nostra ipotesi, l'atto di nascita fu formato in conformità alla legge, e quindi non è caso di rettificarlo. Chè anzi, qualora lo si modificasse sostituendovi il nome nuovo, lo si renderebbe erroneo, poichè, dopo questa pretesa rettifica, consterebbe che l'ufficiale dello stato civile ha ricevuto una certa dichiarazione, mentre in realtà ne ricevette un'altra.

L'articolo 857 del codice di procedura, che regola la trascrizione delle sentenze di rettifica, espressamente prevede — così si afferma — il cambiamento del nome. Ecco un errore ben singolare e uno strano abuso di parole. Dispone l'articolo 857: « Non si potrà fare alcuna rettifica o variazione sull'atto; ma « le sentenze saranno trascritte sui registri dello stato civile ». Non è evidente che parlando di variazione, questo articolo non ha contemplato affatto il cangiamento di nome preveduto dalla legge del germinale anno XI, e volle soltanto dire che l'atto non può mai essere materialmente rettificato o variato, dovendo la rettifica farsi mediante la trascrizione della sentenza e l'annotazione in margine?

Si aggiunge che l'articolo 3 della legge 11 germinale anno XI concede alle persone, le quali cambiarono prenome in esecuzione della medesima, il diritto di far rettificare mediante sentenza il loro atto di nascita; ugual diritto spetterà dunque a coloro che cangiarono di cognome.

Basta enunciare l'argomento per scorgerne la debolezza. Ma come? La legge ha creduto di dover accordare espressamente a chi mutò di prenome il diritto di far rettificare il suo atto di nascita; nulla di simile ha concesso a chi ottiene il cambia-

mento di cognome, che essa pure autorizza; orbene, dal silenzio sulla più importante delle due modificazioni, si pretenderebbe dedurre che debba applicarsi anche a questa la regola stabilita per l'altra. Tal raziocinio, non solo è illogico, ma confonde due condizioni affatto diverse. La legge ha vietato, nell'interesse dell'ordine pubblico, l'uso di certi prenomi; per farli scomparire del tutto, consente a coloro che li portavano di cambiarli; per incoraggiare tale cangiamento e facilitare così l'oblio dei prenomi interdetti, concessi a quelli che li avevano abbandonati di promuovere la rettificazione del rispettivo atto di nascita. Nessuna di queste circostanze concorre più allorchè trattasi di cambiamento di cognome; e pertanto non si possono applicare al medesimo le regole stabilite rispetto alla modifica del prenome. Conviene osservare, d'altronde, che se, come si pretenderebbe, la rettificazione dovesse, in forza dei principî generali, essere concessa in caso di cambiamento di cognome posteriore alla nascita, la disposizione della legge di germinale sarebbe stata assolutamente inutile. Per vero, la legge dell'11 germinale anno XI è estranea affatto alla tenuta dei registri dello stato civile; la legge del 6 fruttidoro anno II obbliga i cittadini a portare il cognome che risulta dal loro atto di nascita; a questa deroga la legge di germinale autorizzando i cittadini ad assumerne uno diverso: tutto ciò non concerne punto gli atti dello stato civile.

Da ultimo, i sostenitori della tesi che combattiamo dimenticano una cosa essenziale, cioè che la rettificazione è impossibile, almeno per quanto riflette l'atto di nascita della persona che mutò cognome. Invero, gli atti di nascita non recano mai il cognome di colui al quale si riferiscono. L'articolo 57 dice che l'atto di nascita deve enunciare i prenomi che saranno dati al bambino, i prenomi e i cognomi dei genitori. Non può dunque menzionare il cognome del neonato. E allora come mai si farebbe luogo a rettifica? Manca la materia della rettificazione, salvo che non si pretenda, come sarebbe assurdo, di far rettificare il cognome del padre pel motivo che il figlio ha cambiato il suo.

Del resto, tutti gli argomenti invocati contro la nostra opinione sono accessorî. Non si può dar loro ascolto se non in

causa dell'errore fondamentale in cui si versa e che consiste nel dire che l'atto di nascita deve essere rettificato, sia perchè, avendo la persona di cui trattasi, mutato cognome, esso, qualora non venisse modificato, non risponderebbe più al suo scopo; sia perchè fa d'uopo che l'atto sia messo in relazione colla nuova condizione della persona stessa; sia infine perchè, come dice un'altra sentenza, siccome i cognomi servono a dimostrare lo stato civile delle famiglie, è necessario che le diverse modificazioni apportate ai medesimi siano riferite nei registri.

Ecco l'errore originario.

L'atto di nascita non è più destinato ad attestare il fatto della nascita così come avvenne; non serve più a determinare lo stato civile dei cittadini, ma deve variare con questo: è il cognome che comprova lo stato civile e perciò, se esso cambia, anche l'atto di nascita dev'essere modificato. In tal guisa si sconvolgono tutte le regole che governano la nostra materia, si disconosce il fine dell'atto di nascita, che mira, come indica il suo nome e come dimostrano tutte le norme legislative che vi si riferiscono, a constatare la nascita e nulla più. « La legge « non considera qui la nascita, il matrimonio, la morte se non « come fatti dei quali la società accoglie la prova nel mo« mento in cui si verificano... Non può dunque essere inserto « negli atti cosa alcuna, che non concerna essenzialmente questi « fatti medesimi » (Relazione del Siméon, adunanza del Tribunato, 17 ventoso anno XI).

Si è osservato ancora: l'articolo 99 non limita la rettificazione agli errori commessi nella redazione dell'atto; essa quindi potrà aver luogo anche per gli errori successivi.

La legge non ha espressamente fatta la restrizione, perchè questa è insita nella natura stessa delle cose: non si comprende che un atto destinato a riferire un semplice fatto e incensurabile al momento in cui vien formato, perchè contiene l'esatta esposizione del fatto medesimo, possa trovarsi in seguito viziato da un errore.

Può darsi che sia utile fare annotazione in margine agli atti di nascita del nuovo cognome assunto dalla persona, cui si riferisce; sarebbe infinitamente più utile farvi del pari menzione del di lui matrimonio, del divorzio, della morte, in altri

termini di tutto quanto interessa il suo stato civile; ma non è questa una buona ragione per concludere che si possa farlo, mentre manca un'apposita norma di legge.

Contra: Gand, 30 giugno 1888, *Pasic.*, 1889, II, 46, che riforma la sentenza del primo giudice; — Bruxelles, 16 marzo 1885, *Pasic.*, 1885, II, 370; *Belg. jud.*, 1885, 857, che riforma la sentenza del primo giudice; — 17 aprile 1883, *Pasic.*, 1883, II, 276; *Belg. jud.*, 1885, 856, che riforma la sentenza di primo grado; — *Pand. belges*, v. *Acte de l'état civil*, n. 363; — HUMBLET, *Traité des noms*, nn. 209 e seg.

Confr. FUZIER-HERMAN, *Rép. de droit fr.*, v. *Actes de l'état civil*, n. 673.

257 L'atto fu scritto sopra un foglio volante o non fu neppure registrato, avendo l'ufficiale dello stato civile dimenticato di redigerlo, dopo ricevuta la dichiarazione. Sarà possibile la rettifica?

Il Laurent lo nega pel caso in cui l'atto sia stato scritto sopra un foglio volante: l'atto è inesistente perchè l'iscrizione sul registro costituisce un elemento essenziale, e se l'atto non esiste, non può parlarsi di rettifieazione (*supra*, n. 249).

Tal raziocinio dovrebbe evidentemente applicarsi, in mancanza di un'espressa disposizione di legge, al caso in cui l'atto non fu scritto neppure.

Noi però lo crediamo errato.

Se la dichiarazione non fu emessa nei termini di legge, l'ufficiale dello stato civile non può erigere l'atto, ma sono applicabili le regole che concernono la rettificazione degli atti dello stato civile (Parere del Consiglio di Stato del 12 brumaio anno XI, *supra*, n. 246). Il principio informatore di questa decisione è senza dubbio che, secondo il Consiglio di Stato, la rettificazione degli atti dello stato civile si confonde colla rettificazione dei relativi registri, e che i medesimi sono irregolari, qualora vi manchi un atto. Il parere del 13 nevoso anno X, di cui quello del 12 brumaio anno XI si limita (così dice) ad applicare le massime, reca letteralmente: « Il principio sullo stato delle persone si oppone a qualsiasi rettificazione dei registri che non sia il resultato d'una « sentenza ».

A maggior ragione dovrà essere seguìta la stessa regola, se la dichiarazione ebbe luogo, poichè, in quest'ultimo caso, non solamente il motivo del decidere è identico, ma esiste inoltre un elemento che manca nell'ipotesi per cui il citato parere del Consiglio di Stato ammise la rettificazione.

Per di più, la nostra soluzione si uniforma ai principî generali. In qualunque atto dello stato civile si riscontra anzitutto la dichiarazione fatta all'ufficiale nelle condizioni prescritte dalla legge: è l'elemento intellettuale. In seguito l'elemento intellettuale viene materializzato; gli si dà una veste corporea: la dichiarazione è inscritta nei registri ad opera dell'ufficiale dello stato civile, firmata da lui e dalle parti. Ora, nell'ipotesi di cui ci occupiamo, l'elemento intellettuale dell'atto esiste bensì, ma o non fu rivestito di forma adatta per essersi scritta la dichiarazione sopra un foglio volante, o non fu in verun modo materiato. È questa una irregolarità nella creazione dell'atto che non impedisce all'atto stesso di esistere e può quindi essere sanata mediante la rettificazione.

Sic Pand. belges, v. *Acte de l'état civil*, nn. 178 e 317; — FUZIER-HERMAN, *Rép. de droit franç.*, nn. 631 e 632 (che non prevede però il caso di una dichiarazione non trascritta); — HUC, v. I, nn. 359 e 323; — AUBRY e RAU, v. I, § 64, p. 227, nota 14 (i quali pure non prevedono l'ipotesi di una dichiarazione non ridotta in iscritto).

258. Se uno dei due originali fu distrutto ovvero se un atto che si trova nell'uno è stato ommesso nell'altro, si fa luogo a rettificazione, poichè questa riflette sia la ricostituzione del registro scomparso, sia l'inscrizione dell'atto dimenticato.

Del pari se l'atto non è identico in entrambi i registri, si può domandare la rettificazione di quello in cui apparisce erroneo.

Conf. DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Actes de l'état civil*, n. 34.

259. La rettificazione degli atti formati all'estero dagli agenti diplomatici o dai consoli è essa pure soggetta ai principî generali.

Nel Belgio, le formalità relative sono determinate negli articoli 14 a 16 del decreto reale 29 aprile 1886.

In Francia, si debbono osservare le regole comuni, in forza dell'articolo 99, modificato dalla legge 8 giugno 1893, che contempla espressamente gli atti ricevuti all'estero.

Cfr. *Pand. belges*, v. *État civil (en général)*, n. 577 e seg., p. 458.

II, 33

260. *In applicazione della regola generale sulla cosa giudicata, la sentenza di rettificazione non può essere opposta alle parti interessate che non l'abbiano richiesta o non siano state chiamate in causa. Non vi è eccezione pel caso in cui detta sentenza sia stata resa in confronto del contraddittore legittimo e principale dell'attore.*

Sic Huc, v. I, n. 362 e 366; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Acte de l'état civil*, n. 123; — Fuzier-Herman, *Rép. de droit fr.*, v. *Actes de l'état civil*, n. 743 e segg.

II, 34

261. *Il parere del Consiglio di Stato del 19 marzo 1808 indica i mezzi per rimediare, senza necessità della rettificazione, alle irregolarità d'un atto dello stato civile che debba essere prodotto in occasione di matrimonio.*

262. L'articolo 99 del codice civile fu modificato in Francia dalla legge 8 giugno 1893, allo scopo di dirimere le difficoltà cui aveva dato luogo la questione qual fosse il tribunale competente a ordinare la rettifica. Il nuovo testo dispone:

« Quando venga domandata la rettificazione di un atto dello « stato civile, statuirà sulla domanda, salvo appello, il tribu- « nale del luogo in cui fu ricevuto l'atto e presso la cui can- « celleria fu o deve essere depositato il relativo registro.

« La rettificazione degli atti dello stato civile redatto durante « il corso di un viaggio di mare, in campagna di guerra od « all'estero, sarà richiesta al tribunale nella cui circoscrizione « l'atto venne inscritto in conformità alla legge; lo stesso ac- « cadrà rispetto agli atti di morte ricevuti in Francia e nelle « colonie, la trascrizione dei quali è ordinata dall' articolo 80.

« La rettificazione delle sentenze dichiarative di morte sarà
« domandata al tribunale che avrà dichiarata la morte; nondi-
« meno, qualora la sentenza non sia stata resa da un tribunale
« della metropoli, se ne chiederà la rettifica al tribunale nella
« cui circoscrizione sarà stata inscritta la dichiarazione di morte,
« in conformità all'articolo 92.

« Il procuratore della repubblica dovrà essere sentito nelle
« sue conclusioni.

« Le parti interessate potranno interporre appello, ove del
« caso ».

Siccome l'esame di codesta questione di competenza è estraneo affatto al diritto civile, non ce ne occupiamo altro.

Nel Belgio fu giudicato essere competente il solo tribunale nella cui circoscrizione fu ricevuto l'atto da rettificare: Cass. B., 4 luglio 1899, *Pasic.* 1889, I, 268.

Sezione IV. — Della prova risultante dagli atti dello stato civile.

268. *I registri dello stato civile e gli estratti dei medesimi sono atti autentici, come stabilisce la lettera esplicita dell'articolo 45; gli estratti però non fanno fede sino ad iscrizione di falso, neppure entro i confini del circondario in cui vennero rilasciati, se non siano legalizzati dal presidente del tribunale di prima istanza, il quale attesta, mediante simile formalità, a chi non conosce la sottoscrizione dell'ufficiale dello stato civile, l'autenticità dell'estratto medesimo.* I, 35-36

La legge belga del 2 giugno 1894 ha soppresso la necessità della legalizzazione degli estratti e l'ha sostituita coll'apposizione, senza spese, del sigillo dell'amministrazione comunale o di quello del tribunale di prima istanza dalla cui cancelleria l'atto viene rilasciato.

Riguardo agli estratti destinati ad essere prodotti in estero paese, e che, in forza degli usi o delle convenzioni diplomatiche, debbono essere sottoposti a legalizzazione giudiziale, la nuova legge stabilisce:

« Essi vengono legalizzati dal presidente o dal giudice che lo « sostituisce.

« Tuttavia, il giudice di pace e i suoi supplenti che non ri- « siedono nel capoluogo dipendente dal tribunale di prima « istanza, potranno, concorrentemente col presidente di questo, « legalizzare le sottoscrizioni degli ufficiali dello stato civile « dei comuni del loro cantone ».

Da questa disposizione risulta che i giudici di pace dei capi-luogo non hanno facoltà di legalizzare gli estratti.

Gli atti ricevuti all'estero dei quali si voglia far uso nel Belgio, debbono di regola essere legalizzati dall'agente diplomatico belga; si fa però qualche eccezione a questa regola per gli atti da produrre in occasione di matrimonio.

In Francia, dove vige ancora l'articolo 45, i giudici di pace che non risiedono nel capoluogo possono pure legalizzare gli estratti in conformità all'articolo 1° della legge 2 maggio 1861.

Gli atti dello stato civile ricevuti all'estero non sono soggetti alla legalizzazione degli agenti diplomatici francesi se non nei paesi coi quali non esistono convenzioni relative alle modalità della legalizzazione stessa.

V., su quest' ultimo punto: DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Actes de l' état civil*, n. 86, e *Légalisation*, n. 5.

Conforme al testo, riguardo alla necessità della legalizzazione anche nell' istesso circondario: FUZIER-HERMAN, *Rép. de droit fr.*, v. *Actes de l'état civil*, n. 248 e 249; — *Contra:* HUC, v. I, 319. — Cfr. DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Actes de l'état civil*, n. 96.

II, 37. **264**. *L'articolo 45 deroga agli articoli 1334 e 1335 del codice civile. Chi produce un estratto non ha altro a dimostrare, poichè l'estratto fa piena prova per sè medesimo della sua conformità all' originale. Chi nega tale conformità, non ha mestieri di inscriversi in falso, ma basta che domandi la collazione dell'estratto col registro, la quale può avere luogo per via d'ispezione o di presentazione al tribunale.*

Non possiamo ammettere quest'ultima soluzione.

Come afferma il Laurent, l'estratto fa di per sè stesso fede della propria conformità all'originale; ora l'articolo 45 dice che

l'atto fa prova sino ad inscrizione in falso. Donde resulta, essendo la conformità un fatto constatato dall'ufficiale dello stato civile nei limiti delle sue attribuzioni, che colui il quale la nega deve inscriversi in falso (*infra*, n. 265).

Sic Huc, v. I, n. 319; — Fuzier-Herman, *Rép. de droit fr.*, v. *Actes de l'état civil*, n. 250.
Conforme al testo: *Pand. belges*, v. *Actes de l'état civil*, n. 525; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Actes de l'état civil*, n. 97.

II. 38-42

265. *In conformità ai principî generali circa l'efficacia probatoria degli atti autentici, l'atto dello stato civile fa prova fino a inscrizione in falso dei fatti constatati dall'ufficiale dello stato civile, entro i limiti delle sue attribuzioni; ma non vale punto a comprovare fatti constatati dall'ufficiale all'infuori dei limiti stessi, come sarebbe la menzione di avere ricevuta dalle parti una dichiarazione che non doveva legalmente essere ammessa* (art. 35). *Le dichiarazioni obbligatorie per le parti fanno fede sino a prova contraria; le altre non hanno forza probante.*

Nel Belgio i lavori preparatorî della legge 2 giugno 1894, che modificò l'articolo 45 (*supra*, n. 263), riconobbero espressamente l'esattezza di questa teorica.

Il progetto del governo recava: « Gli atti..., come gli estratti...,
« fanno fede di quanto il pubblico ufficiale dichiara di avere
« fatto, veduto od udito, allorchè sia autorizzato a ciò. Le di-
« chiarazioni del comparente, quando sono prescritte dalla legge
« e concernono il fatto che deve essere constatato nell'atto,
« fanno fede fino a prova contraria; ogni altra dichiarazione
« non ha valore ».

Queste parole vennero soppresse su proposta della sezione centrale della Camera, giacchè consacravano un principio assodato e il richiamarlo nella legge avrebbe potuto condurre alla soppressione di talune tolleranze ammesse nella pratica, per evitare agli indigenti, in occasione di matrimonio, la produzione di un eccessivo numero di documenti.

Conforme al testo: Cass. B., 27 marzo 1893, *Pasic.*, 1893, I, 141; *Pand. pér.*, 1893, 1407; — 5 maggio 1890, *Pasic.*, 1890, I, 196; — Trib. Gand, 21 giugno 1893, *Pasic.*, 1894, III, 6; D. P., 1894, II, 387; — Cass. B., 24 maggio 1886, *Pasic.*, 1886, I, 228; — Parigi, 31 luglio 1890, D. P., 1891, II, 129; Sir. e *J. Pal.*, 1892, 2, 302; — Aix, 18 agosto 1870, Sir., 1870, 2, 69; *J. Pal.*, 1872, 351; D. P., 1871, 2, 249; — *Pand. belges*, v. *Actes de l'état civil*, n. 527 e seg., e *État civil (en général)*, n. 527 e 532; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Actes de l'état civil*, n. 98; — Fuzier-Herman, *Rép. de droit fr.*, v. *Actes de l' état civil*. n. 254 al 266; — Huc, v. I, n. 320.

Contra: trib. Melle, 18 giugno 1869, D. P., 1871, 2, 17.

Cfr. Cass. B., 21 dicembre 1885, *Pasic.*, 1886, I, 27; *J. Trib.*, 1886, 149; *Belg. jud.*, 1886, 899; — Cass., 15 maggio 1882, *Pasic.*, 1882, I, 288.

Sulla legge belga dell'8 giugno 1894, v. la relazione fatta a nome della Sezione centrale dal Woeste, *Ann. parl.*, Camera, *Documents*, 1893-1894, p. 244, e le osservazioni scambiate fra il Woeste e il Ministro della giustizia Begerem alla seduta della Camera dei rappresentanti dell' 11 maggio 1894, *Ann. parl.*, 1893-1894, p. 1388.

Sezione V. — Dei casi in cui manchino i registri.

II, 43-46 **266**. *Chi avrà dimostrato, con titoli o con testimoni, che i registri non esistevano o andarono perduti, sarà ammesso a provare la nascita, il matrimonio o la morte con ogni mezzo legale, non escluse le presunzioni* (art. 46 e 1353). *Il valore dei prodotti elementi probatori è apprezzato dal giudice con poteri discrezionali.*

Essendo ammessa, per stabilire la perdita o l'inesistenza dei registri, la prova testimoniale, sarà del pari ricevibile quella per presunzioni gravi, precise e concordanti (art. 1353).

Sic, su quest'ultimo punto, Orleans, 9 luglio 1870, D. P., 1872, I, 461.

Conforme al testo: *Pand. belges*, v. *Acte de l'état civil*, n. 414 e seg.; Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Actes de l' état civil*, n. 37 al 39; — Fuzier-Herman, *Rép. de droit fr.*, v. *Actes de l'état civil*, n. 281, 321 e seg.; — Huc, v. I, n. 326.

In ispecie rispetto al potere discrezionale del giudice: Cass. Fr., 9 luglio 1873, Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Actes de l'état civil*, n. 85, nota 1; Sir., 1873, 1, 405; *Pasic. fr.*, 1873, 984.

II, 47-50 **267**. *È massima incontrastata che la prova eccezionale consentita dall'articolo 46 è ammissibile anche in casi diversi da quelli espressamente contemplati dalla legge; e ciò pel motivo*

che questa disposizione è fondata sulla necessità di non compromettere lo stato delle persone, rendendo impossibile di provare il medesimo a tutti coloro ai quali una straordinaria circostanza impedisca di valersi dei registri. La facoltà discrezionale del giudice non ha altri limiti all'infuori dell'obbligo di esigere, prima di ricevere la prova della nascita, del matrimonio o della morte, la prova del fatto che rende impossibile la produzione di un estratto dai registri. Per applicazione di questi principii, tutti ammettono che l'articolo 46 dev'essere esteso all'ipotesi in cui si sostenga che nei registri manca un foglio, o che la tenuta dei registri fu interrotta, o che vennero tenuti senza ordine di data o che presentano delle lacune.

Alla stregua degli esposti principii, l'articolo 46 è applicabile per stabilire la morte dei componenti l'equipaggio, allorchè si sostenga che la nave è interamente perita. Se talune sentenze sembrano confondere in questo caso la prova della morte colla prova pregiudiziale della perdita della nave, ciò accade perchè, nelle specie occorse, le due prove, in fatto, si confondevano.

La legge francese dell'8 giugno 1893, che modificò gli articoli 86 e 87 del codice, stabilì talune regole speciali da osservarsi per far risultare della morte di persone scomparse durante un viaggio di mare (Vedi nuovi articoli 87 a 92).

Conforme al testo: Orleans, 9 luglio 1870, D. P., 1872, 1, 461; Sir, 1872, 1, 435; *J. Pal.*, 1872, 1146; — *Pand. belges*, v. *Acte de l'état civil*, n. 416 e seg.; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Actes de l'état civil*, n. 40; — Fuzier-Herman, *Rép. de droit fr.*, v. *Actes de l'état civil*, n. 283 al 287, 289; — Huc, v. I, n. 323. — Cfr. Liegi, 29 aprile 1895, *Pasic.*, 1895, II, 315; *Pand. pér.*, 1895, 1655.

Pel caso di scomparsa in mare, sic Bordeaux, 15 febbraio 1888, D. P., 1889, 2, 197; Sir., 1888, 2, 192; *J. Pal.*, 1888, 998; — 16 giugno 1880 e 23 febbraio 1880, Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Acte de l'état civil*, n. 43, note 1 e 2: — 25 luglio 1876, Sir., 1877, 2, 184; *J. Pal.*, 1877, 745; — 7 febbraio 1876, Sir., 1877, 2, 52; *J. Pal.*, 1877, 240; D. P., 1878, 5, 11; — 2 giugno 1875, Sir., 1876, 2, 10; *J. Pal.*, 1876, 93; D. P., 1878, 5, 11; — 6 marzo 1874, Sir., 1875, 2, 9; *J. Pal.*, 1876, 91; D. P., 1878, 5, 13; — *Pand. belges*, v. *Acte de l'état civil*, n. 421; — Cfr. Rouen, 11 ottobre 1889, D. P., 1890, 2, 305.

II, 51 **268.** *Sebbene i registri siano tenuti regolarmente, sarà applicabile l'articolo 46 se l'attore sostenga l'omissione dell'atto che lo interessa. Prima però di dare la prova di ciò che dovrebbe essere constatato nell'atto, l'attore dovrà stabilire in via pregiudiziale, conformemente ai principii, che vi fu omissione.*

Sic Charleroi, 30 gennaio 1886, *Pasic.*, 1887, III, 42; — *Pand. belges*, v. *Actes de l'état civil*, n. 416; — DALL., *Rép. Supp.*, v. *Actes de l'état civil*, n. 42; — FUZIER-HERMAN, *Rép. de droit fr.*, v. *Actes de l'état civil*, n. 290; — HUC, v. I, p. 324, che sembra abbia preso abbaglio circa la portata della teorica del Laurent relativamente al matrimonio.

II, 52 **269.** *L'articolo 46 non è applicabile quando l'atto fu scritto sopra un foglio volante, poichè in tal caso non vi ha omissione, ma irregolarità nella forma dell'atto.*

Questa soluzione contraddice alla massima enunziata dal Laurent (*supra*, n. 267).

Se l'atto fu scritto sopra un foglio volante, l'attore si trova evidentemente nell'impossibilità di ricorrere ai registri, e prova tale impossibilità dimostrando appunto che l'atto fu scritto sopra un foglio volante. Potrà pertanto invocare il mezzo eccezionale consentito dall'articolo 46.

A parer nostro, non vi è difficoltà, perchè l'atto scritto sopra un foglio volante non è inesistente e fa prova sino a che non ne sia dichiarata la nullità (*supra*, n. 257).

Sic AUBRY e RAU, v. I, § 64, p. 247, nota 14; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Actes de l'état civil*, n. 41; — FUZIER-HERMAN, *Rép. de droit fr.*, v. *Actes de l'état civil*, n. 298 e segg; — HUC, v. I, n. 325, che peraltro comincia coll'affermare il contrario. — Cfr. *Pand. belges*, v. *Acte de l'état civil*, n. 427, i quali, ritenendo inesistente l'atto scritto sopra un foglio volante, equiparano il caso a quello in cui manchino i registri.

II, 53 **270.** *L'interpretazione estensiva dell' articolo 46 non va limitata ai casi in cui si tratti di semplici interessi pecuniarî. Rispetto alle conseguenze dell'applicazione dell'articolo 46 sulla filiazione, si vegga* infra *il commento al titolo* Della filiazione.

271. Le nascite, i matrimonî o le morti di francesi o di stranieri, seguíti all'estero, si provano secondo le leggi del paese (*supra*, n. 240).

L'articolo 46 del codice non è quindi applicabile, giacchè diversamente si farebbe regolare la prova dalla legge francese; perciò, come si ammette che possono provarsi per testimoni se ciò concede la legge locale (*supra*, n. 240), convien ritenere che alla perdita dei registri va supplito secondo le norme stabilite per tale ipotesi dalla legge straniera.

La giurisprudenza dominante si pronunzia in opposto senso: sembra però che nelle specie così decise la legge straniera fosse analoga alla francese. Anche in questo caso peraltro bisognerà seguire la legge estera, e non l'articolo 46.

Sic Bordeaux, 21 dicembre 1886, *Pasic. fr.*, 1887, II, 73; D. P., 1887, 2, 163. — *Contra:* Aix, 6 maggio 1885, Sir., 1887, 1, 449; — Bordeaux, 26 marzo 1878, D. P., 1880, 2, 144; Sir., 1878, 2, 204; *J. Pal.*, 1878, 849; — Montpellier, 2 dicembre 1872, Sir., 1873, 1, 405; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Actes de l'état civil*, n. 85.

Cfr. Cass. Fr., 8 luglio 1886, Sir., 1887, 1, 449; — 9 luglio 1873, Sir., 1873, 1, 405; *Pasic. fr.*, 1873, 984; Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Actes de l'état civil*, n. 85, nota 1; — *Pand. belges*, v. *Acte de l'état civil*, n. 597; Fuzier-Herman, *Rép. de droit fr.*, v. *Actes de l'état civil*, n. 1326 e seg. — Aubry e Rau, v. I, p. 222, § 66, testo e nota 6.

272. L'articolo 46 è applicabile agli atti dello stato civile ricevuti all'estero dagli agenti diplomatici o dai consoli.

Nel Belgio, l'articolo 14 del decreto reale 29 aprile 1886, analogo all'articolo 13 dell'ordinanza francese 23 ottobre 1833, stabilisce che se un qualsiasi accidente abbia fatto perire, in tutto o in parte, i registri, il console dovrà stendere processo verbale del fatto e trasmetterlo al ministro degli esteri, attendendo le istruzioni che questo sarà per impartire intorno ai mezzi di por rimedio alla perdita.

Con ciò non si deroga punto alle leggi generali sulla tenuta degli atti dello stato civile, limitandosi le ricordate disposizioni a stabilire una regola da seguirsi dall'amministrazione per ricostituire, ove occorra, i registri scomparsi mediante rettifica ordinata dal tribunale.

273. In Francia, la legge 12 febbraio 1872 determinò le norme per la ricostruzione dei registri dello stato civile di Parigi e dei comuni annessi, distrutti in parte in seguito agli avvenimenti degli anni 1870-1871. Venne nominata una commissione che rifece i registri. « Gli atti ricostruiti dalla commissione « sugli estratti dei quali avrà riconosciuta l'autenticità e quelli « rifatti in forza dei poteri accordati alla commissione stessa « dall'articolo 2, dovranno essere sottoscritti da uno dei com- « missari e sostituiranno quindi innanzi gli atti scomparsi « senza che peraltro si possano considerare come originali. Gli « estratti riconosciuti autentici conserveranno necessariamente « tutta l'efficacia probatoria che il codice attribuisce loro; gli « atti ammessi o ricostituiti faranno fede fino a prova contra- « ria (art. 3) ».

CAPO II.

DEI DIVERSI ATTI DELLO STATO CIVILE.

II, 54 **274.** *Vi hanno atti dello stato civile oltre quelli di nascita, di matrimonio e di morte dei quali si occupa il titolo II e sono: gli atti delle pubblicazioni matrimoniali, gli atti di divorzio, di adozione, di riconoscimento di figlio naturale.*

Sezione I. — Degli atti di nascita.

§ 1. Dei figli legittimi.

II, 55 **275.** *Le formalità particolari agli atti di nascita sono determinate dagli articoli 55 a 57. Gli articoli 59 a 62 disciplinano specialmente la recezione degli atti di nascita dei figli nati nel corso di un viaggio in mare.*

In Francia, queste ultime disposizioni furono modificate dalla legge 8 giugno 1893. Il nuovo articolo 59 prevede il caso della nascita durante un viaggio marittimo, mentre il testo originario

contemplava la nascita nel corso di un viaggio in mare; la modificazione ha lo scopo di rendere applicabile l'attuale precetto alle nascite avvenute in qualunque momento del viaggio. (Relazione Darlan alla Camera dei deputati).

La legge francese del 17 agosto 1897, col suo articolo 1, modifica ancora l'articolo 59 del codice civile come segue: « In tutti « i casi in cui debba farsi menzione d'un atto relativo allo stato ci- « vile in margine a un atto già trascritto, vi sarà provveduto « d'ufficio.

« L'ufficiale dello stato civile, che avrà redatto o trascritto « l'atto da menzionare, effettuerà, entro tre giorni, l'annotazione « sul registro a lui affidato.

« Nel termine stesso, ne darà avviso al procuratore della « repubblica del suo circondario; e questi vigilerà perchè l'an- « notazione sia fatta, in modo uniforme, sui registri esistenti negli « archivî del comune o delle cancellerie, o in qualunque altro « luogo di pubblico deposito ».

Dai nuovi testi, come dai precedenti, non sorge alcuna questione di massima; per cui possiamo limitarci a richiamarli.

276. L'articolo 55 impone che la dichiarazione di nascita sia fatta entro tre giorni dal parto: se il bambino muore prima di essere stato presentato all'ufficiale dello stato civile, l'atto non vien inscritto nel registro delle nascite, ma in quello delle morti, colle formalità prescritte dal decreto 4 luglio 1806. Si tratta però sempre di una dichiarazione di nascita e conseguentemente dovrà essere osservato il termine stabilito dall'articolo 55.

Questa interpretazione venne formalmente approvata nel Belgio durante la discussione dell'articolo 361 del codice penale riveduto, corrispondente all'articolo 346 del codice del 1810.

Sic rispetto al principio: Cass. Fr., 27 luglio 1872, Sir., 1872, 1, 397; Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Actes de l'état civil*, n. 61; — Huc, v. I, n. 336; — *Pand. belges*, v. *Acte de naissance*, n. 39 e seg.

V. le discussioni dell'articolo 361 del codice penale belga: Nypels, *Législ. crim. de la Belgique*, v. III, p. 15, n. 21 e p. 35, n. 14.

§ 2. Dei figli naturali.

277. *L'articolo 58 determina le formalità da osservare per la redazione dell'atto di nascita degli esposti.* II, 56-61

L'articolo 57 deve essere, per analogia, applicato all'atto di nascita del figlio naturale. Per consenso generale, l' ufficiale dello stato civile non può enunciare nell'atto di nascita il nome del padre che non intenda farsi conoscere.

Nessuna disposizione del codice obbliga i comparenti a rivelare il nome della madre naturale, e quindi l' ufficiale dello stato civile non può inscriverlo nell'atto, neppur quando fosse indicato dai comparenti stessi. La pratica universale è però contraria a quest'opinione: la Corte suprema del Belgio ha deciso che le persone, alle quali spetta di fare la dichiarazione di nascita, debbono designare il nome della madre naturale, e la massima fu consacrata dal nuovo codice penale belga (Lavori preparatorî dell'articolo 361).

Sic HUMBLET, *Traité des noms*, n. 65. — Cfr. *Pand. belges*, v. *Acte de naissance*, n. 98 e seg.

In Francia, la controversia si ritiene praticamente risoluta: si ammette che la dichiarazione del nome della madre non è obbligatoria, ma che una volta fatta, l'ufficiale dello stato civile deve prenderne atto. È palese che questa teorica di transazione seguíta unicamente per ragioni di utilità, viola il principio stabilito dall'articolo 35 e pecca quindi d'illegalità (*supra*, n. 245).

La questione non può evidentemente discutersi se non quando si tratti di figli naturali ordinari: infatti, l'articolo 335 del codice civile vieta qualsiasi enunciazione che tenda a stabilire una filiazione adulterina o incestuosa.

V. FUZIER-HERMAN, *Rép. de droit frnc.*, v. *Actes de l'état civil*, n. 440 e. s.; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Acte de l'état civil*, n. 63; — HUC, v. I, n. 338.

278. L'articolo 57, sancito specialmente per ciò che concerne la revisione degli atti di nascita dei figli legittimi, stabilisce che l'atto di nascita deve enunziare i nomi imposti al figlio e i cognomi dei genitori. Esso non contiene pertanto norma alcuna riguardo al cognome del figlio, e ciò pel motivo che il cognome del figlio legittimo non risulta dal di lui atto di nascita, ma dalla sua filiazione.

Trattandosi della dichiarazione di nascita di un figlio naturale non riconosciuto, il relativo atto dovrà indicare il cognome che gli impongono i comparenti?

L'unica modificazione fatta sulla materia è l'articolo 57, il quale, come abbiamo veduto, non dice che l'atto debba enunciare il cognome del bambino; donde la conseguenza che l'ufficiale dello stato civile non può inscriverlo (*supra*, n. 245).

Invano si obbietta che la legge del 6 fruttidoro anno II vieta a chicchessia di portare un nome o un cognome diverso da quello indicato nell'atto di nascita: questa legge, estranea alla tenuta degli atti dello stato civile, ha unicamente lo scopo di rendere obbligatorio il cognome che risulta dall'atto di nascita e l'applicazione della medesima è quindi rigorosamente subordinata alla condizione che l'atto ne esprima uno. Essa non risolve pertanto la questione: in quali casi deve essere imposto un cognome al bambino nel momento in cui vien formato l'atto di nascita.

Vi ha indubbiamente una lacuna nella legge.

Secondo la pratica del circondario di Bruxelles, non si impone un cognome al bambino quando l'atto denunzia quello della madre naturale: se invece il bambino è dichiarato figlio di genitori ignoti, gli si sceglie un cognome e l'atto lo dichiara. Questa consuetudine non ha, evidentemente, alcun carattere legale, poichè, da un lato, il figlio non ha punto diritto al cognome della donna che non lo riconobbe e che l'atto indica come sua madre; dall'altro la legge non concede ai comparenti o all'ufficiale dello stato civile d'imporre al neonato, nè autorizza l'ufficiale a inserire tal cognome nell'atto. Tutto quanto può dirsi per legittimare questa pratica è ch'essa applica analogicamente l'articolo 58. Non si può neppure aggiungere che sia giustificata dalla necessità; perchè siccome l'atto di nascita del figlio naturale non riconosciuto non deve, regolarmente, contenere se non semplici nomi, l'uno varrebbe come nome patronimico e sarebbe trasmissibile ai discendenti.

Sic HUMBLET, *Traité des noms*, n. 67 e 68; — *Pand. belges*, v. *Enfant naturel*, n. 166. — *Contra:* Anvers, 11 luglio 1885, *Pasic.*, 1887, III, 43, che ritiene che l'indicazione della madre senza opposizione nè reclamo da parte sua basti per trasmettere il cognome al figlio.

Sezione II. — Degli atti di morte.

§ 1. Disposizioni generali.

II, 62 **279.** *Le formalità particolari agli atti di morte sono determinate negli articoli 77 a 79 del codice. Non occorre, poichè la legge non lo prescrive, che siano dichiarati il giorno e l'ora della morte: qualora vengano indicati, l'ufficiale dello stato civile non può farne menzione e in ogni modo l'iscrizione che ne facesse non avrebbe alcuna efficacia probatoria* (art. 35).

Ecco quanto può dirsi a favore dell'opinione contraria: la legge, è vero, non prescrive espressamente che l'atto di morte debba contenere l'indicazione del giorno e dell'ora del decesso, ma perchè le sembrò che un tal obbligo derivasse dalla natura medesima dell'atto. Questo è destinato a constatare quando un uomo ha cessato di vivere, e quindi deve per necessità indicare il momento in cui avvenne la morte: la legge non ha in modo esplicito sancito che l'atto debba indicare il giorno e l'ora del decesso, come non ha ordinato neppure che dichiarasse la morte: tutte queste menzioni non possono mancare perchè sono esse appunto che costituiscono l'atto di morte. Così disse il Siméon nella sua relazione all'assemblea generale del Tribunato: « Gli « atti di nascita, di matrimonio e di morte dovranno contenere « soltanto ciò che è essenziale per la prova di quei fatti; il ge- « nere della morte sarà rigorosamente escluso dagli atti relativi: « non si tratta già di raccogliere note per l'elogio o la censura « del defunto; non si vuole, non si deve constatare se non il « giorno in cui ha cessato di vivere » (17 ventoso anno XI). Appunto perchè il giorno e l'ora della morte debbono essere dichiarati, l'articolo 77 potrà vietare il rilascio del permesso d'inumazione se non siano decorse ventiquattro ore dalla morte.

Pur riconoscendo il valore di questi argomenti, non li crediamo bastevoli a confutare la tesi del Laurent. Non vi ha dubbio che, per essenza, l'atto di morte debba constatare il decesso; non occorre ne menzioni le circostanze, in ispecie quelle del giorno, dell'ora e del luogo, se non quando la legge espressa-

mente lo richiede (articolo 35); ora questa disposizione legislativa non esiste e la frase del tribuno Siméon non può certo sostituirla.

Nella pratica, gli atti indicano sempre il giorno e l'ora della morte.

Sic Trib. Tournai, 9 giugno 1876, *Pasic.*, 1876, III, 234; — *Pand. belges*, v. *Acte de décès*, n. 25 e seg.; — HUC, v. I, n. 352.

Contra: AUBRY e RAU, v. I, p. 205, § 61, nota 3; — FUZIER-HERMAN, *Rép. de droit fr.*, v. *Actes de l'état civil*, n. 531.

Cfr. DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Actes de l'état civil*, n. 67.

280. La legge non impone alcun limite di tempo per fare la dichiarazione di morte; donde consegue che, a differenza della nascita, non è d'uopo che la circostanza della morte sia dichiarata entro un termine perentorio.

Questa latitudine concessa agli interessati non è però sconfinata del tutto: l'ufficiale dello stato civile non può ricevere la dichiarazione se non ha constatato il decesso.

L'articolo 77 gli fa obbligo di trasferirsi nel luogo ove giace il defunto per constatarne la morte. A lui dunque spetta di accertarsi del fatto della morte della persona di cui i comparenti gli designano l'identità: la regola è analoga a quella stabilita dal codice per gli atti di nascita, in forza di cui l'ufficiale dello stato civile deve assicurarsi che il bambino è nato facendoselo presentare dai comparenti. Come la constatazione, da parte dell'ufficiale dello stato civile, dell'esistenza di un neonato è indispensabile perchè l'ufficiale stesso possa redigere l'atto di nascita, così l'accertamento del decesso di una persona è indispensabile per la recezione dell'atto di morte.

L'articolo 2 del titolo V della legge 20 settembre 1792 dichiarava espressamente: « L'ufficiale dello stato civile si tra- « sferirà nel luogo dove la persona è deceduta, e dopo essersi « assicurato della circostanza della morte ne erigerà l'atto in « doppio sull'apposito registro ». Ora, il codice si è limitato a riprodurre, riguardo agli atti di morte, le disposizioni della legge del 1792: « Il titolo IV regola quanto si riferisce alla morte. « Le disposizioni della legge, salvo lievi modificazioni, sono

« conformi a quelle del 1792 ». (Esposizione dei motivi di Thibaudeau). Fra le modifiche accennate nell' Esposizione non figura la soppressione dell'obbligo di constatare la morte prima di redigere l'atto; bisogna quindi ritenere che l'obbligazione medesima sia stata conservata.

A torto si obbietterebbe che l'articolo 77, il quale prescrive questa constatazione, concerne il permesso d'inumazione e non l'atto di morte, le cui forme sono regolate dagli articoli 78 e 79. Questa disposizione è almeno altrettanto utile e necessaria per evitare l'inscrizione nei registri della falsa menzione di un decesso non avvenuto, quanto per porre ostacolo alle inumazioni precipitate, e i lavori preparatorî attestano come gli autori della legge fossero specialmente preoccupati della prima di queste due eventualità.

La constatazione di cui si discorre è, per verità, indifferente per ciò che riflette il permesso di sepoltura: ben lievi inconvenienti possono derivare dal rilascio di un simile permesso quando nessuno sia morto; mentre sarebbe assai pericoloso nell'egual circostanza erigere un atto di decesso: « Assicurandosi « della realtà della morte, egli (l'ufficiale dello stato civile), im- « pedisce la supposizione ». (Relazione Siméon all'assemblea generale del Tribunato del 17 ventoso anno XI). « Il trasferimento « dell'ufficiale dello stato civile presso il defunto è precauzione « indispensabile per la constatazione della morte ». (Esposizione dei motivi di Thibaudeau; seduta del Corpo legislativo del 21 frimaio anno X).

Per conseguenza, l'ufficiale dello stato civile non può ricevere la dichiarazione dopo la sepoltura; per far inscrivere l'atto, bisogna ricorrere al procedimento di rettificazione.

Sic. Pand. belges, v. *Acte de décès*, n. 12 e seg., che citano in appoggio di questa opinione un dispaccio del procuratore generale de Bavay; — HUC, v. I, n. 351; — AUBRY e RAU, v. I, § 61, p. 205.

Contra: Trib. Termonde, 25 luglio 1891, *Pasic.*, 1892, III, 7; *Pand. per.*, 1892, 129; — trib. Louvain, 11 marzo 1889, *Pasic.*, 1889, III, 311. — Cfr. Limoges, 15 maggio 1889, D. P., 1890, 2, 307.

§ 2. Disposizioni speciali.

281. *Il modo di redazione dell'atto è regolato: quando venga presentato all'ufficiale dello stato civile un bambino già morto, dal decreto 4 luglio 1806; nel caso di decesso seguito in mare, dagli articoli 86 e 87 del codice; di morte in un infortunio minerario, dal decreto 3 gennaio 1813, art. 19; qualora poi il decesso abbia luogo in un ospedale, in una prigione o sia resultato di un delitto o dell'esecuzione di una sentenza giudiziale, dagli articoli 80 a 85.* II, 63

Nel Belgio, l'articolo 19 del decreto 3 gennaio 1813 è oggi abrogato e sostituito dall'articolo 84 del decreto reale 28 agosto 1884, che dispone in senso identico al precedente.

La legge francese del 23 dicembre 1874 (articolo 9) prescrive a chi abbia presso di sè per l'allattamento o altrimenti in cura o custodia un bambino, di dichiararne la morte entro ventiquattro ore.

La legge francese dell'8 giugno 1893 ha modificato l'art. 80 del codice e abrogati gli articoli 86 e 87, sostituendoli coi nuovi articoli 86 a 92.

Per quanto concerne queste due leggi, che non presentano difficoltà di sorta, possiamo limitarci a un semplice richiamo.

Si disputa se l'articolo 19 del decreto 3 gennaio 1813 sia applicabile in tutti i casi nei quali le persone perite in conseguenza d'un accidente, come un naufragio o un'esplosione, non possano essere presentate all'ufficiale dello stato civile, o se la sua norma d'eccezione non vada oltre gli infortunî nelle miniere.

Quest'ultima è la soluzione più corretta.

Essa soltanto è conforme alla lettera del decreto; per di più, nel caso dal medesimo preveduto, la morte è certa, ciò che spiega la deroga al diritto comune: mentre nelle altre specie alle quali si vorrebbe estenderlo, può esservi sempre dubbio intorno alla realtà del decesso.

I provvedimenti da prendersi in caso di scomparsa durante un viaggio di mare sono regolati dalla legge francese dell'8 giugno 1893, articoli 87 e 88 nuovi (Vedi *supra*, n. 267).

Rispetto all'interpretazione restrittiva del decreto del 1813: *sic* Roland e Wauters, *Guide de l'état civil*, n. 740; — Huc, v. I, n. 358. — *Contra:* Besançon, 30 luglio 1878, Sir., 1878, 2, 300; *J. Pal.*, 1878, 1161; D. P. 1879, 2, 34; Arntz, *Droit civil*, v. I, n. 183; — *Pand. belges*, v. *Acte de decès*, n. 57, che citano in appoggio della loro opinione un dispaccio del procuratore generale de Bavay; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Actes de l'état civil*, n. 77. — Cfr. *Pand. belges*, v. *Décès*, n. 43 e seg.

TITOLO II.

Del domicilio.

CAPO PRIMO.

DEL DOMICILIO REALE.

Sezione I. — Principii generali.

282. *Il domicilio è il luogo in cui una persona ha il suo stabilimento principale* (art. 102). II, 64-67

È legalmente impossibile che una persona fisica o giuridica, capace di diritti, non abbia domicilio; ma questo può essere ignoto (art. 69-80 del cod. di proc. civ.). *Nessuna legge dispone che il cittadino francese abbia il proprio domicilio soltanto in Francia: perciò questi potrà, fissando il suo principale stabilimento all'estero, essere quivi domiciliato, sebbene non abbia abbandonato l'intenzione di ritornare in patria.*

Su quest'ultimo punto, *sic* Bruxelles, 18 gennaio 1888, *Pasic.*, 1888, II, 221; D. P., 1888, 2, 249; *Pand. fr.*, 1888, V, 39; — Pau, 22 giugno 1885, D. P., 1886, 2, 181. — Cfr. Cass. B., 17 settembre 1887, *Pasic.*, 1887, I, 357; — Bruxelles, 5 novembre 1883, *Pasic.*, 1884, II, 81; *J. Trib.*, 1883, 749; — 14 maggio 1881, *Pasic.*, 1881, II, 263; — Cass. Fr., 6 marzo 1888, Sir., 1891, 1, 27; *J. Pal.*, 1891, 1, 43; D. P., 1888, 1, 486; — *Pand. belges*, v. *Domicile*, n. 104; — Laurent, *Droit civil international*, v. III, n. 263; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 148; — Aubry e Rau, v. I, § 141, p. 576, note 4.

Conforme al testo, Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Domicile*, n. 18 e 21.

II, 68 **283.** *Siccome lo straniero può abitare in Francia ed aver l'intenzione di fissar quivi il suo principale stabilimento, è libero anche di prendervi domicilio senza necessità dell'autorizzazione governativa.*

Il domicilio che lo straniero acquista per tal modo, non ha la conseguenza di conferirgli i diritti civili, il cui godimento, in forza dell'articolo 13 del codice, non spetta che allo straniero autorizzato a stabilire il suo domicilio espressamente dal governo (*supra*, n. 214, 217 segg., 232).

In relazione a questa regola, fu qualche volta giudicato che lo straniero non può aver domicilio in Francia senza aver riportata l'autorizzazione governativa: le decisioni di tal sorta vengono quasi tutte a stabilire unicamente che lo straniero, il quale dimora in Francia, coll'intenzione di stabilirvi il suo domicilio, non è equiparato allo straniero a ciò autorizzato dal governo. Perciò la controversia su questo punto è più apparente che reale: le opinioni sembrano contraddittorie solo in quanto contemplano fattispecie diverse.

Sic Pand. belges, v. *Domicile*, n. 120 e seg.; — AUBRY e RAU, v. I, § 141, p. 576, nota 5.

Conforme al testo, Mons, 16 gennaio 1892, *Pasic.*, 1892, III, 161 e la nota; — trib. Bruxelles, 18 febbraio 1891, *Pasic.*, 1891, III, 154; — Bruxelles, 18 gennaio 1888, D. P., 1888, 2, 249; *Pasic.*, 1888, II, 221; — trib. Bruxelles, 11 aprile 1884, *Pasic.*, 1884, III, 135; — 19 febbraio 1881, *Pasic.*, 1881, III, 94; — Cass. Fr., 22 luglio 1886, SIR., 1887, 1, 69; *J. Pal.*, 1887, 147; — 7 luglio 1874, SIR., 1875, 1, 19; *J. Pal.*, 1875, 28; D. P., 1875, 1, 271; — trib. Havre, 22 agosto 1872, SIR., 1872, 2, 313; *J. Pal.*, 1872, 2, 319; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Domicile*, n. 87, nota 1; — Cass. Fr., 19 marzo 1872, SIR., 1872, 1, 238; *J. Pal.*, 1872, 560.

Cfr. le autorità seguenti, le quali decidono che lo straniero non può aver domicilio in Francia senza l'autorizzazione del governo, ma solo all'effetto di negargli il godimento dei diritti civili di cui all'articolo 13: Aix, 27 marzo 1890, D. P., 1891, 2, 13; *Pand. fr.*, 1890, II, 282; — Toulouse, 22 maggio 1880, D. P., 1881, 2, 93; SIR., 1880, 2, 294; *J. Pal.*, 1880, 1111; — Bordeaux, 24 maggio 1876, D. P., 1878, 2, 79; — Cass. Fr., 5 maggio 1875, D. P., 1875, 1, 343; SIR., 1875, 1, 409; *J. Pal.*, 1875, 1036; — Parigi, 29 luglio 1872, D. P., 1872, 2, 223; *J. Pal.*, 1872, 752; — 14 luglio 1871, SIR., 1871, 2, 141; *J. Pal.*, 1871, 505; D. P., 1872, 2, 65; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Domicile*, n. 23 e seg.; — HUC, v. I, n. 268. — V. Aix, 28 aprile 1872, SIR., 1873, 2, 265; *J. Pal.*, 1873, 1091, che assimila a torto il semplice a quello acquistato coll'autorizzazione governativa

284. *Poichè il domicilio è laddove taluno ha il suo principale stabilimento, vale a dire i vincoli di famiglia, d'interesse, d'ufficio che uniscono la persona all'uno piuttosto che all'altro luogo, nessuno può avere due domicilii.* II. 69.

Vi sono diversi casi in cui si ammette che una persona possa avere più domicilii; ma l'eccezione è solo apparente. Per verità, non si tratta di parecchi domicilii simili al domicilio definito dal codice, sibbene di residenze, distinte dal principale stabilimento, alle quali si attribuiscono, in causa di circostanze particolari, taluni effetti del domicilio. La dottrina chiama queste residenze « domicilii speciali » per opposizione al principale stabilimento, che si dice domicilio generale e che è sempre unico.

Su questo punto, *sic* AUBRY e RAU, v. I, § 142; — HUC, v. I, n. 369. — V. *infra*, n. 286, 293 e 294.

Rispetto all'unità di domicilio, *sic* HUC, v. I, n. 371; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Domicile*, n. 14; — AUBRY e RAU, v. I, § 142, p. 578, nota 1. — Cfr. *Pand. belges*, v. *Domicile*, n. 214 e seg., e v. *Domicile coniugal*, *Domicile électoral*, *Domicile élu*, *Domicile maritime*, *Domicile politique*.

285. Lo stabilimento principale di una persona può trovarsi sulla linea di confine tra due comuni: in quale d'essi sarà il domicilio?

La questione è puramente di fatto e la soluzione dipende dalla situazione dei luoghi.

Per regola generale, il domicilio è nel comune in cui trovasi la porta dell'ingresso principale: soltanto da questa, infatti, entrano i terzi, nel cui interesse fu, in parte almeno, stabilito il domicilio e che hanno diritto di sapere ove sia.

Sic trib. Lille, 15 dicembre 1877, D. P., 1878, 2, 86; SIR., 1878, 2, 178; *J. Pal.*, 1878, 734; — *Pand. belges*, v. *Domicile*. n. 16: — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Domicile*, n. 17. — Cfr. Liegi, 8 marzo 1886, SCHEYVEN, v. VI, p. 128.

II, 70 **286.** *Le persone giuridiche non posseggono un domicilio propriamente detto. Enti fittizi, da un lato non hanno abitazione, dall'altro sono incapaci di volere e quindi non possono aver l'intenzione di fissare in luogo qualsiasi il loro stabilimento principale. Il codice di procedura stabilisce dinnanzi a qual tribunale debbano essere convenuti gli istituti pubblici e i corpi morali. Le società di commercio possono avere più case sociali o diversi centri d'operazione, e quindi molteplici domicilii in ciascuno dei quali possono essere citati.*

Non possiamo aderire a questa opinione.

Dal fatto che le persone giuridiche non hanno abitazione, non si può inferire che siano prive di domicilio, perchè, come dice l'istesso Laurent, può benissimo accadere che una persona abbia domicilio in un luogo dove non ha abitazione. (V. al numero seguente).

Peraltro, è erroneo il dire che le persone civili non hanno abitazione. La finzione giuridica che attribuisce loro la vita, le assimila agli esseri fisici. Come questi hanno domicilio nel luogo ove si svolge la loro vita fisica, così le persone morali abitano laddove conducono la loro esistenza legale. Non si può sostenere il contrario senza annientare in realtà le conseguenze della personalità giuridica riconosciuta alle società, e considerarla come inesistente.

Un analogo errore fa dire al testo che le persone giuridiche, perchè enti fittizì, non sono capaci di volere: se così fosse, non potrebbero stipulare contratti, poichè qualsiasi convenzione suppone un accordo di volontà.

Le persone civili hanno una volontà che manifestano mercè l'organismo di cui la legge le ha dotate, volontà che esiste legalmente e determina i rapporti giuridici dell'ente onde emana.

Poichè ogni essere capace di diritti ha un domicilio (*supra*, n. 282), debbono averlo anche le persone giuridiche. E siccome il domicilio è nel luogo dove trovasi il principale stabilimento, deve, per necessità, essere unico (*supra*, n. 284). Il principio è vero tanto per le persone morali, quanto per le fisiche; le une e le altre possono avere più centri d'operazione, ed è pa-

rimenti per le une e per le altre impossibile di averne diversi che costituiscano il loro stabilimento principale.

La fallace teorica accolta dal Laurent trae origine da ciò che l'illustre scrittore ha forse erroneamente interpretata la giurisprudenza che ammette la competenza del tribunale nella cui circoscrizione una società ha stabilita un'importante succursale. Questa giurisprudenza concerne unicamente la procedura e fu ammessa per sovvenire alle necessità pratiche. Se decide esservi domicilio dovunque vi ha una succursale, intende il domicilio in un significato ristretto, speciale alla procedura. Si tratta di una residenza la quale è bensì, come il domicilio, attributiva di competenza, ma non costituisce il domicilio nel senso del codice, cioè il principale stabilimento (*supra*, n. 284). Questa giurisprudenza venne infatti applicata anche al commerciante che fondò parecchie succursali. Per l'istesso motivo, trattandosi di controversie che possono essere sottoposte soltanto al tribunale del luogo in cui si trova lo stabilimento principale, fu giudicato essere competente un unico tribunale.

Sic Bruxelles, 10 gennaio 1894, *Pasic.*, 1894, III, 104; — Gand, 18 febbraio 1888, *Pasic.* 1888, II, 303; — trib. Bruxelles, 8 gennaio 1888, *Pasic.*, 1889, III, 38; — Gand, 10 maggio 1884, *Pasic.*, 1884, II, 309; *J. Trib.*, 1884, 649; *Belg. jud.*, 1884, 629, cassata, ma per altri motivi, colla sentenza del 9 dicembre 1884, *Pasic.*, 1885, I, 19; — Cass. Fr., 1 dicembre 1884, D. P., 1885, 1, 372. — Cfr. Cass. Fr., 30 gennaio 1882, SIR., 1882, 1, 150 e la nota; *J. Pal.*, 1882, 362; — 9 agosto 1881, SIR., 1882, 1, 150; — BORMANS, *Compétence en matière contentieuse*, n. 820 e seg.; — 1 febbraio 1881, SIR., 1881, 1, 120; *J. Pal.*, 1881, 1, 264; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Domicile*, n. 11 e 12.

Cfr., sulla competenza derivante dall'esistenza di succursali: Bordeaux, 1 luglio 1891, SIR., 1892, 2, 130; *J. Pal.*, 1892, 2, 130; — Cass. Fr., 30 giugno 1891, SIR., 1891, 1, 479; *J. Pal.*, 1891, I, 1251; — 6 maggio 1891, SIR., 1892, 1, 276; *J. Pal.*, 1892, I, 276; — 7 dicembre 1886, *Pasic. fr.*, 1887, I, 129; *J. Pal.*, 1887, 148; Dijon, 26 febbraio 1873, D. P., 1874, 2, 83; — FUZIER-HERMAN, *Rép. de droit fr.*, v. *Compétence civile et commerciale*, n. 365 e seg.; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Compétence civile des tribunaux d'arrondissement*, n. 45 e seg.

Conforme al testo, *Pand. belges*, v. *Domicile*, n. 169 e seg.; — HUC, v. I, n. 372.

287. *Il domicilio è materia di diritto, piuttostochè di fatto. Ne consegue che taluno può esser domiciliato in luogo dove non* II, 71-72

abita neppure. La residenza non produce effetti giuridici, salvo le eccezioni stabilite dalla legge (art. 116, 74, 214 e 230 cod. civ.). *Quando il domicilio è sconosciuto, le citazioni si fanno alla residenza e davanti il tribunale da cui questa dipende* (art. 14 cod. civ.; 2, 59 e 69 cod. proc. civ.). *Il codice civile determina gli effetti del domicilio soltanto per l'esercizio dei diritti civili. In linea teorica, il domicilio politico è indipendente dal civile. Nel Belgio invece accade il contrario.*

Oggi non è più vero che nel Belgio il domicilio politico si confonda sempre col civile. (Legge 22 agosto 1885, art. 6). La questione è peraltro estranea al diritto civile.

Sezione II. — In qual modo si determina il domicilio.

§ 1. Del domicilio d'origine.

II, 73-75 **288.** *Ogni persona, anche il figlio di genitori privi di residenza fissa, ha un domicilio d'origine che è quello che il di lei padre aveva al momento in cui essa divenne libera di disporre di sè medesima, e che conserva fino a quando non ne abbia acquistato un altro.*

Su quest'ultimo punto, *sic* Cass. B., 24 aprile 1893, *Pasic.*, 1893, I, 193; — Cass., Fr., 3 dicembre 1894, Sir., e *J. Pal.*, 1893, 1, 244; — 5 novembre 1890, Sir., 1891, 1, 255; *J. Pal.*, 1891, 616; — 24 marzo 1890, Sir., 1890, 1, 420, e nota; *J. Pal.*, 1890, 1000; — 24 aprile 1883, D. P., 1884, 1; 101; *J. Pal.*, 1283, 759. — Cfr. Cass. B., 24 e 25 maggio 1886, *Pasic.*, 1886, I, 231.

Conforme al testo, Huc, v. I, 373; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Domicile*, n. 18; — *Pand. belges*, v. *Domicile*, n. 5-9.

Contra: Aubry e Rau, v. I, § 141, nota 3. — Cfr. Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Domicile*, n. 20.

Circa l'acquisto di un nuovo domicilio, v. *infra*, n. 290 e seg.

Quanto al domicilio dato dai genitori, v. *infra*, n. 297.

II, 76 **289.** *Nel fatto può accadere che sia ignoto il domicilio legale; in tal caso le notificazioni si fanno alla residenza, la quale determina altresì il luogo dell'apertura della successione.*

Sic. Pand. belges, v. *Domicile*, n. 6 e 222; — Huc, v. I, n. 373; — Dall., *Rép., Supp.*, v. *Domicile*, n. 19, salvo per ciò che concerne il luogo di apertura della successione.

290. *Il domicilio d' origine può essere sostituito da un nuovo domicilio, che si acquista o per volontà dell' uomo o per opera della legge.* II, 77

§ 2. Del cambiamento di domicilio per volontà dell' uomo.

291. *Per cambiare volontariamente il domicilio, bisogna possedere un altro stabilimento e avere insieme l' intenzione di trasferirvi il proprio domicilio* (art. 103). *Vedere se sussista l' altro stabilimento è questione di puro fatto, la cui soluzione non è dalla legge subordinata a regola alcuna, come la mancanza dell' animo di ritornare o la durata della residenza. L' intenzione di acquistare un nuovo domicilio può essere espressa o tacita: il giudice decide se esista o no, secondo le circostanze di fatto. Fin quando non sia fornita la prova del cangiamento di domicilio, si conserva l' antico.* II, 78-82

Sic Trib. Bruxelles, 14 marzo 1896, *Pasic.*, 1896, III, 153 e la nota; — Cass. B., 25 aprile 1882, *Pasic.*, 1882, I, 208; *Belg. jud.*, 1881, 1444; — 4 luglio 1881, *Pasic.*, 1881, I, 339; — 3 maggio 1881, *Pasic.*, 1881, I, 225; *Belg. jud.*, 1881, 1204; — Cass. Fr., 30 gennaio 1895, D. P., 1895, 1, 358; Sir. e *J. Pal.*, 1895, 1, 172; — 21 novembre 1893, D. P., 1894, 1, 60; Sir. e *J. Pal.*, 1894, 1, 80; — 22 marzo 1893, Sir. e *J. Pal.*, 1893, 1, 320; — 30 maz 1892, D. P., 1893, 1, 29; Sir. e *J. Pal.*, 1892, 524; — Grenoble, 17 gennaio 1893, D. P., 1893, 2, 114; — Cass. Fr., 23 febbraio 1892, Sir. e *J. Pal.*, 1892, 1, 151; *Pasic. fr.*, 1892, I, 183; — 9 maggio 1889, D. P., 1889, 1, 424; — 11 maggio 1887, D. P., 1888, 1, 180; *Pasic. fr.*, 1887, I, 145; *J. Pal.*, 1887, 920; — 15 maggio 1882, D. P., 1883, 1, 223; — 12 dicembre 1877, Sir., 1878, 1, 18; *J. Pal.*, 1878, 28 e le note a queste diverse sentenze; — *Pand. belges*, v. *Domicile*, n. 175; — Dall., *Rép., Supp.*, v. *Domicile*, n. 16, 29 al 40; — Huc, v. I, n. 374; — Aubry e Rau, v. I, § 144, p. 584 e seg.

§ 3. Del domicilio legale.

292. *Ad eccezione di quello d'origine, il domicilio legale implica sempre un cambiamento di domicilio. Soltanto la legge determina il domicilio legale, che può esistere indipendentemente dalla residenza e dall' intenzione.* II, 83

N. 1. DOMICILIO DELLA DONNA MARITATA.

II, 84 **293.** *Il matrimonio impone alla donna l'obbligo di vivere col marito e la rende incapace di compiere atti giuridici senza la debita autorizzazione. Donde resulta che non può mai avere un domicilio diverso da quello del marito, ancorchè sia separata di beni e persino se viva, col consenso del marito, divisa da lui* (art. 108).

Durante il corso della domanda di divorzio o di separazione personale, la moglie può avere una residenza distinta da quella del marito. Si decide talvolta che questa abitazione costituisca per essa un domicilio diverso da quello del marito: vi sarebbe, in tal caso, una deroga all'articolo 108.

Ma l'eccezione è solo apparente. La donna rimane domiciliata presso il marito. In realtà, siccome tutti ammettono, fondandosi sullo spirito che informa le leggi della procedura, che il marito deve notificare gli atti alla residenza della moglie, questa residenza, unicamente nel caso speciale, produce per la donna gli effetti ordinarii del domicilio. Si tratta dunque di una deroga alle norme di procedura secondo le quali le notificazioni debbono farsi al domicilio, e non di un'eccezione al principio dell'articolo 108 (Conf. *supra*, nn. 284 e 286; *infra*, n. 294).

Cfr. su quest'ultimo punto, Bruxelles, 21 dicembre 1892, *Pasic.*, 1893, II, 128; — trib. Anvers, 19 novembre 1889, *Pasic.*, 1889, III, 137; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Domicile*, n. 51.

Conforme al testo, Alger, 6 giugno 1870, SIR., 1871, 2, 45; *J. Pal.*, 1871, 131; D. P., 1870, 2, 214; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Domicile*, n. 41 al 43.

294. Fondandosi sulle disposizioni del codice commercio, dottrina e giurisprudenza ammettono che la moglie commerciante può, per rapporto al suo commercio, acquistare un domicilio, distinto da quello del marito, che attribuisce la competenza per la dichiarazione del fallimento al tribunale nella cui circoscrizione il domicilio è situato.

Anche qui, come nell'ipotesi contemplata nel precedente numero, l'eccezione all'articolo 108 è solo apparente.

Codesto domicilio commerciale è invero un domicilio speciale, i cui effetti si limitano alle operazioni di commercio della donna, nè quindi costituisce altro che una residenza cui si riannodano, in forza del diritto commerciale, gli effetti che il codice di commercio attribuisce di regola al domicilio. Perciò la moglie conserva anche in questo caso il suo domicilio generale presso il marito (V. *supra*, nn. 284 e 286).

Sic Pand. belges, v. *Domicile*, n. 157; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Domicile*, n. 47; — HUC, v. I, n. 382. — Cfr. Cass. Fr., 12 giugno 1883, D. P., 1883, 1, 281 e la nota: *J. Pal.*, 1884, 1, 641.

295. *La separazione personale conferisce alla moglie il diritto di avere un domicilio distinto da quello del marito.* II, 85

Questa regola venne, in Francia, espressamente consacrata dalla legge 6 febbraio 1893 che modificò l'articolo 108. Ecco la nuova disposizione: « La moglie separata cessa di avere il do« micilio legale del marito. Nondimeno, qualsiasi notificazione « fatta alla moglie separata, in materia di questioni di stato, « dovrà ugualmente essere indirizzata al marito, a pena di « nullità ».

Conforme al testo, trib. Bruxelles, 7 aprile 1894, *Pasic.*, 1894, III, 163; — Cass. Fr., 19 agosto 1872, SIR., 1873, 1, 75; *J. Pal.*, 1873, 156; D. P., 1873, 1, 479; — Digione, 24 gennaio 1872, SIR., 1872, 2, 4; *J. Pal.*, 1872, 83 D. P., 1873, 2, 13; — *Pand. belges*, v. *Domicile*, n. 157; — DALL., *Rép.* *Supp.*, v. *Domicile*, n. 49; — HUC, v. I, n. 382; — v. *infra*, LAURENT, v. III' n. 345.

296. Il marito, francese all'epoca della celebrazione del matrimonio, si fa naturalizzare straniero; la moglie rimane francese. Troverà ancora applicazione l'articolo 108 del codice, nel senso che, se il marito ha fissato il suo domicilio all'estero, dovrà ritenersi ivi domiciliata anche la donna?

L'unità di domicilio trova ragione nell'obbligo della moglie di convivere col marito e di non compiere alcun atto giuridico senza l'autorizzazione di lui (*supra*, n. 293); ora, la circostanza che il marito abbia ottenuta la naturalità straniera non modifica punto tali obbligazioni; non vi ha quindi motivo di sopprimerne le conseguenze.

Fu eccepito che la donna francese, coniugandosi a un connazionale, intende porsi sotto la protezione della legge francese; che conseguentemente, se il marito si spoglia della propria cittadinanza e va a stabilirsi in estero paese, non può costringere la moglie a seguirlo, poichè nel nuovo domicilio non godrebbe più della protezione della patria legge.

Ma questa obbiezione non ha valore di sorta. Essa consiste, in realtà, nel dire che l'abbandono della nazionalità francese da parte del marito esonera la donna dall'obbligo di vivere in comune e crea uno stato di separazione personale non contemplato dalla legge. Errore evidente.

Sic HUC, v. I, n. 382.

Contra: DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Domicile*, n. 48; — AUBRY e RAU, v. I, § 143, p. 580, nota 8.

N. 2. DOMICILIO DEL MINORE.

II, 86-88 **297.** *Il minore non emancipato non può avere un domicilio diverso da quello dei suoi genitori; se soggetto a tutela, da quello del tutore. Il minore emancipato può mutare domicilio* (art. 108). *Il minore non emancipato, figlio naturale non riconosciuto, che non sia provvisto di tutela, nè ricoverato in un ospizio, non ha domicilio conosciuto e quindi la residenza gli tien luogo di domicilio. Se gli fu nominato un tutore, avrà il domicilio di quest'ultimo. Se è accolto in un pubblico istituto, la legge gli dà una tutela speciale. Se è riconosciuto, ha il domicilio presso l'autore del riconoscimento. Se entrambi i genitori lo riconobbero, avrà il domicilio del padre.*

Quest'ultima regola non può essere accolta se non ammettendo che in caso di riconoscimento da parte di entrambi i genitori, la patria potestà e l'amministrazione legale appartengano al padre piuttosto che alla madre. La questione sarà esaminata *infra*, al titolo *della patria potestà*.

Conforme al testo, *Pand. belges*, v. *Domicile*, n. 144 e s.; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Domicile*, n. 56.

Contra: HUC, v. I, n. 383-384, il quale ritiene che il minore sottoposto a tutela conservi il domicilio che aveva anteriormente alla medesima per quanto

concerne i diritti utili resultanti dal primo; questa soluzione è erronea, perchè contraddice alla legge e distrugge l'unità del domicilio.

Riguardo al minore non emancipato, figlio naturale non riconosciuto, sprovvisto di tutela e non ricoverato, *sic*. Cass. Fr., 9 maggio 1889, D. P., 1889, 1, 424; *J. Pal.*, 1889, 1068.

Se fu accolto in un ospizio, *sic* Bruxelles, 18 gennaio 1888, D. P., 1888, 2, 249; *Pasic.*, 1888, II, 221.

298. In caso di divorzio e, come taluno ammette, di separazione personale, il figlio viene affidato al padre, o alla madre, ovvero ad un terzo. Dove sarà domiciliato?

L'articolo 108, preso alla lettera, diviene inapplicabile, perchè dice che il minore è domiciliato presso i genitori, mentre nella specie il padre e la madre hanno un domicilio diverso. « Es-« sendo il domicilio stabilito per determinare il luogo dell'eser-« cizio dei diritti attivi e passivi, le persone le quali non « possono esercitare detti diritti se non... mediante un ammi-« nistratore legale, debbono avere il domicilio del medesimo. « Questa regola, che fu sempre seguìta quanto... ai minori, è « mantenuta nell'articolo 7 del progetto (art. 108 cod. civ.) » (Discorso del Malherbe al Corpo legislativo, seduta del 23 ventoso anno XI).

Bisogna pertanto ritenere che il figlio di coniugi divorziati o personalmente separati è domiciliato presso la persona la quale esercita i di lui diritti attivi e passivi.

Al titolo *Della patria potestà* vedremo chi sia questa persona.

Contra: *Pand. belges*, v. *Domicile*, n. 146, secondo cui il minore conserva in qualunque ipotesi il proprio domicilio presso il padre. — Conf. DALLOZ, *Rép.*, *Suppl.*, v. *Divorce*, n. 621, e *Domicile*, nn. 52-53.

299. Dopo la nascita del figlio, il padre ha cessato di essere francese e stabilito domicilio all'estero. Il minore sarà domiciliato all'estero insieme al padre. Infatti l'articolo 108 si esprime in termini assoluti; d'altro canto, sussistono pur sempre i motivi ai quali la legge ebbe ad inspirarsi, poichè, nonostante

la perdita della cittadinanza francese, il padre conserva la patria potestà e rimane amministratore legale.

Contra: DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Domicile*, n. 22, che erroneamente cita, in appoggio alla sua opinione, la sentenza della Corte di Parigi, 4 febbraio 1876, D. P., 1876, 2, 193, resa in una specie tutt'affatto particolare, in cui i genitori erano personalmente separati e il figlio viveva in Francia colla madre. — Conf. *supra*, n. 296.

N. 3. DELL'INTERDETTO.

II, 89

300. *L'interdetto, anche se maggiorenne, non può avere un domicilio diverso da quello del suo curatore* (art. 108).

Riguardo al maggiorenne, *sic* Cass. fr., 11 luglio 1892. D. P., 1893, 1, 14; *Pasic. fr.*, 1892, I, 450; *J. Pal.*, 1892, 504; — *Pand. belges*, v. *Domicile*, n. 144 e 149.

Quanto all'interdetto coniugato, v. *infra*, n. 306.

N. 4 DEI FUNZIONARÎ.

II, 90-91

301. *I funzionarî inamovibili e nominati a vita, cui la legge impone l'obbligo di risiedere nel luogo dove esercitano le loro funzioni, acquistano ivi il loro domicilio per solo effetto della prestazione del giuramento* (art. 107). *Gli altri funzionarî, compresi i militari, rimangono soggetti al diritto comune* (articolo 106).

La giurisprudenza ha consacrata l'opinione del Laurent, fondata sui lavori preparatori, che l'articolo 107 si applichi unicamente ai funzionarî obbligati per legge a risiedere nel luogo in cui esercitano le loro funzioni.

A taluni di questi funzionarî, come i magistrati, la legge che stabilisce il luogo della loro residenza lascia libertà di risiedere in altro dei comuni che compongono la circoscrizione nella quale debbono risiedere (v. le autorità citate *infra*, n. 302). Donde resulta che, rispetto a costoro, l'applicazione completa dell'articolo 107 diviene, nel fatto, impossibile per quanto concerne il tempo durante il quale non hanno effettivamente trasferito il domicilio; per verità, la residenza loro è incerta sino a quel momento.

Cfr. al testo, DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Domicile*, n. 62 al 64, 66 e seg., — Cfr. *Pand. belges*, v. *Domicile*, n. 130 e seg.

Quanto alla necessità, per l'applicabilità dell' articolo 107, dell'obbligo legale della residenza, *sic* Cass. B., 15 marzo 1875, *Pasic.*, 1875, I, 162.

Rispetto all' applicabilità del diritto comune agli altri funzionari, *sic* Cass. fr., 20 gennaio 1895, D. P., 1895 1, 358; SIR. e *J. Pal.*, 1895, 1, 172; — Parigi, 22 novembre 1894, D. P., 1895, 2, 150; — Cass. Fr., 30 marzo 1892, SIR., e *J. Pal.*, 1892, 1, 524; D. P., 1893, 1, 29; — 31 gennaio 1888, SIR., 1889, 1, 295: *J. Pal.*, 1889, 1, 732; D. P., 1888, 1, 244; — Nancy, 22 luglio 1876, SIR., 1878, 2. 103: *J. Pal.*, 1878, 459; — Cass. Fr., 28 maggio 1872, SIR., 1873, 1, 149: *J. Pal.*, 1873, 359; — D. P., 1872, 1, 246 e le note a queste sentenze.

302. *In Francia, i ministri del culto cattolico, nominati a vita e irrevocabili, come i vescovi e gli arcivescovi, cadono sotto l'applicazione dell'articolo 107. Nel Belgio invece tutti i ministri del culto sono soggetti al diritto comune, poichè non hanno più carattere pubblico.* II, 95

Le questioni che sorgono sul punto di sapere quando un funzionario sia nominato a vita o inamovibile, sono estranee al diritto civile e la loro soluzione dipende dalle leggi organiche che provvedono alle pubbliche funzioni.

V., circa il luogo della residenza dei magistrati, Liegi, 4 marzo 1890, *Pasic.*, 1890, II, 161; *Belg. jud.*, 1890, 353; — Cass. B., 21 luglio 1886, e specialmente la requisitoria di Mesdach de ter Kiele che la precede, *Pasic.*, 1886, I. 314.

Su l'applicabilità dell'articolo 107, in Francia, ai professori titolari dell' insegnamento superiore: Cass. Fr., 13 maggio 1885, D. P., 1885, 1, 313; *J. Pal.*, 1886, 415.

Cfr. al testo, per ciò che riguarda il clero: in Francia, DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Domicile*, n. 65 e nel Belgio, *Pand. belges*, v. *Domicile*, n. 75, 96 e 139.

N. 5. DELLE PERSONE DI SERVIZIO.

303. *Tutti coloro i quali, siano maggiori di età o minori emancipati, prestano abitualmente servizio o lavoro presso altrui, come i domestici, i commessi di studio e i precettori, non possono avere un domicilio diverso da quello del loro principale, qualora peraltro dimorino nella stessa casa* (art. 109). II, 96-97

Su quest'ultimo punto, *sic* Cass. B., 20 aprile 1886, *Pasic.*, 1886, I, 159; — Cass. Fr., 28 marzo 1889, Sir., 1890, 1, 222; *J. Pal.*, 1890, 531; — 31 marzo 1881, D. P., 1882, 1, 18 e le note.

Cfr. al testo, Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Domicile*, n. 71; — Huc, v. I, n. 139: — *Pand. belges*, v. *Domicile*, n. 164 e seg.

Rispetto alla donna maritata, v. *infra*, n. 306.

304. Il padrone non ha domicilio nel luogo in cui dimora abitualmente colle sue persone di servizio: il domicilio di queste sarà quello del padrone o si riterrà invece nel luogo della di lui residenza?

La questione si riduce a vedere se la legge abbia voluto identificare il domicilio delle persone di servizio con quello del padrone o con la casa nella quale abitano insieme. I lavori preparatorî provano manifestamente che la legge intese consacrare quest'ultima soluzione; e se può sembrare che il testo legislativo dica l'opposto, ciò avviene unicamente perchè, in generale, la residenza del padrone, nella quale abitano i domestici, si confonde col di lui domicilio. « L'articolo 8 (109) « del codice stabilisce una distinzione riguardo ai maggiorenni « che servono o lavorano abitualmente presso altre persone. « Quelli che abitano in luogo diverso dalla casa dove il loro « stato li chiama, rimangono soggetti alla regola ordinaria « quanto alla determinazione del domicilio. Quelli invece che « risiedono insieme alle persone da cui dipendono, esorbitano « dal diritto comune e non possono aver domicilio altrove ». (Discorso di Maleville al Corpo legislativo, seduta del 23 ventoso anno XI). Come si vede, la legge ha voluto imporre come domicilio, a coloro dei quali è questione, la casa in cui lavorano.

Sic Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Domicile*, n. 72.

N. 6. Principii generali.

II, 98

305. *Il domicilio legale ha fine col cessar della causa che vi diede origine. Quando ciò avvenga, il nuovo domicilio si determinerà secondo il diritto comune e sarà quindi nel luogo dove l'interessato ha il suo principale stabilimento coll'animo di fissarvi il domicilio.*

Poichè nessuno può avere due domicilî (*supra*, n. 284), la persona cui la legge ha imposto un nuovo domicilio, dovette necessariamente perdere quello che prima possedeva. Al momento in cui scompare la causa che determinò il domicilio legale, finisce soltanto il carattere legale del domicilio, ma non questo stesso.

La persona cui fu imposto, lo conserva, anche se non ha abitazione di sorta, fino a quando non ebbe e non tradusse in atto l'intenzione di cambiarlo. Per tal motivo ciascuno ritiene il domicilio d'origine finchè non abbia trasferito il suo domicilio altrove (*supra*, nn. 287, 288 e 291).

Sic trib. Bruxelles, 7 aprile 1894, *Pasic.*, 1894, III, 163; — Cass. B., 24 aprile 1893, *Pasic.*, 1893, I, 193; — Cass. Fr., 3 dicembre 1894, Sir., e *J. Pal.*, 1895, 1, 244; - Aubry e Rau, v. I, § 143, p. 582, nota 16; — Huc, v. I, n. 389. — Cfr. gli autori citati, *supra* n. 288.
Contra: *Pand. belges*, v. *Domicile*, n. 126 e seg.

Supponendo tuttavia una persona in condizione tale da riunire le cause di due domicilî legali, per esempio una donna maritata impiegata come domestica in luogo diverso dal domicilio del marito, qualora avvenga che questa condizione si modifichi, nel senso che scompaia la causa di domicilio legale fino allora preponderante, sussistendo l'altra, come se la donna divenisse vedova, la persona di cui parliamo perderà, da quel momento, il domicilio legale dipendente dalla causa cessata, per acquistare quello che le attribuisce la causa tuttora sussistente.

306. *Qualora esistano più cause di domicilio legale, la persona cui si riferiscono avrà il domicilio che risulta dalla causa permanente e d'ordine pubblico, e non quello che le deriva da una causa temporanea o d'interesse privato.* II, 99

Per conseguenza, la donna maritata che abita nella casa in cui abitualmente lavora, conserva il domicilio presso il marito; la moglie il cui marito interdetto è domiciliato presso il tutore, conserva il domicilio derivantele dal matrimonio, vale a dire quello che aveva il marito al momento dell'interdizione.

Quest'ultima soluzione non ne sembra accettabile.

Non vi è alcun motivo perchè la donna conservi il domicilio che aveva il marito al momento dell'interdizione. Questo domicilio infatti veniva attribuito alla moglie unicamente perchè era quello del marito; essendo tale circostanza venuta meno, la causa che faceva del domicilio del marito il domicilio della donna è cessata, nè si vede ragione per cui la moglie dovrebbe essere costretta a conservarlo.

Nel caso di interdizione del marito non vi ha punto, come pensa il Laurent, conflitto fra due cause legali di domicilio. Il marito interdetto ha il domicilio del tutore e nessun altro; ammettendo il contrario si verrebbe a riconoscergli due domicilì, la qual cosa sarebbe illegale (*supra,* n. 284).

La difficoltà non sta nel sapere se la moglie abbia il domicilio del tutore o quello del marito, poichè l'uno si confonde coll'altro, ma se, nel caso d'interdizione del marito, non si deroghi all'articolo 108 e se la donna non possa avere un domicilio diverso da quello del marito.

« Essendo il domicilio stabilito per determinare il luogo « dell'esercizio dei diritti civili attivi e passivi, le persone le « quali non possono esercitare questi diritti senza il ministero « d'un protettore... debbono avere il domicilio di costui. Questa « regola, che venne sempre seguìta rispetto alle donne mari- « tate... fu conservata dall'articolo 7 (art. 108 cod. civ.). Essa « non può cessare di essere applicabile se non quando la qualità « cui si connette muta per causa della legge o della natura ». (Discorso di Malherbe al Corpo legislativo, seduta del 23 ventoso anno XI). Ora, in caso d'interdizione del marito, la donna può esercitare i suoi diritti diversamente che coll'autorizzazione maritale, e il marito cessa di essere per lei un protettore. Chè anzi, qualora venga nominata tutrice del marito, diviene essa la protettrice di lui e l'amministratrice del di lui patrimonio. Conseguentemente, come diceva l'oratore del Tribunato, essendo mutata la qualità cui si connette la regola stabilita dall'articolo 108, la regola stessa deve cessare di essere applicata.

Questa soluzione sembra derogare al testo assoluto dell'articolo 108. La deroga peraltro è solo apparente, perchè questa disposizione non concerne, come dimostra il discorso testè citato,

se non il caso in cui il marito amministri i beni della moglie e quindi il caso in cui non sia interdetto.

Sic AUBRY e RAU, v. I, § 143, p. 580, nota 7.
Contra: DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Domicile*, n. 45-46. — Cfr. HUC, v. I, numeri 383-386, il quale insegna che il marito, oltre ad « una specie di domicilio impostogli dalla legge » e che è quello del tutore, conserva il suo antico domicilio. Questa opinione è erronea. La legge ignora « le specie di domicilio » e non ammette per ciascuna persona che un domicilio solo. — Confr. pure *Pand. belges*, v. *Domicile*, n. 161, dove si afferma che la moglie acquista nuovo domicilio del marito interdetto, vale a dire quello del tutore.

307. Se la moglie è interdetta e il marito non ne ha la tutela, sorge conflitto fra due cause di domicilio legale.

In conformità alla regola stabilita dal Laurent (*supra*, n. 306) la donna rimane domiciliata presso il marito. Infatti, la causa che determina il domicilio è permanente, mentre l'interdizione che fa dipendere il domicilio dell'interdetto da quello del tutore, è una causa temporanea; d'altro canto, il marito, anche quando non sia tutore della moglie interdetta, rimane capo della società coniugale, amministratore dei beni della donna e conserva virtualmente la potestà maritale (LAURENT, v. V, n. 301).

Contra: DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Domicile*, n. 59.

Sezione III. — Effetti del domicilio reale.

308. *L'esercizio dei diritti civili è connesso al domicilio* (art. 102 del codice civile; 59-68 del codice di procedura civile). *Questo determina il luogo dell'apertura della successione e i suoi effetti si estendono alla maggior parte degli atti stragiudiziali* (articoli 74, 116, 353, 363, 406, 1247 ecc. del codice civile).

II 100-102

Sic Pand. belges, v. *Domicile*, nn. 214 sgg.

CAPO II.

DEL DOMICILIO D' ELEZIONE

§ 1. — QUANDO VI SIA DOMICILIO ELETTO.

II 103-104

309. *L'elezione di domicilio è imposta dalla legge* (articoli 176 e 2148 cod. civ.), *o risulta dalla volontà delle parti. In quest'ultimo caso occorre una convenzione espressa. Una convenzione tacita non basterebbe, perchè, da un lato, qualunque elezione di domicilio implica rinunzia al beneficio del domicilio ordinario; dall'altro, ogni rinunzia deve essere espressa, salve le eccezioni contemplate dalla legge.*

Quest'ultima soluzione non può essere accolta.

L'elezione di domicilio non è un contratto solenne e può quindi, di conformità al diritto comune, essere fatta anche tacitamente. Non importa che implichi una rinuncia, perchè, contrariamente a quanto è detto nel testo, la rinuncia può essere tacita, come insegna lo stesso Laurent, vol. XVIII, n. 339. La questione se vi sia elezione di domicilio è dunque di puro fatto.

Sic Cass. B., 28 gennaio 1892, *Pasic.*, 1892, I, 97, che rigetta il ricorso contro Liège, 24 dicembre 1890, *Pasic.*, 1891, II, 218; — Cass. fr., 31 ottobre 1893, D. P., 1894, 1, 157; — SIR. et *J. Pal.*, 1894, I, 88; — Aix, 25 marzo 1877, D. P., 1878, 2, 111; — Cass. fr., 30 maggio 1876, SIR., 1876, 1, 358; *J. Pal.*, 1876, 869; D. P., 1876, 1, 372; — AUBRY e RAU, t. I, § 146, p. 587; — *Pand. Belges*, v. *Domicile élu*, n. 6 sgg.; — DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Domicile élu*, n. 20.

Contra: HUC, v. I, n. 393.

II 105-106

310. *Il mandato di eleggere domicilio non equivale ad una elezione di domicilio, se il mandatario non usò della facoltà conferitagli. L'indicazione di un luogo pel pagamento, diverso dal domicilio del debitore, non importa elezione di domicilio, qualora non si versi in materia di obbligazioni commerciali.*

Quest'ultima quistione è puramente di fatto. Essa dipende dall'intenzione delle parti, quale resulta dagli elementi della causa, e non è quindi suscettibile di una decisione assoluta.

Cfr. la giurisprudenza citata al n. precedente e DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Domicile élu*, n. 22; *Pand. belges*, v. *Domicile élu*, nn. 7, 11 e sgg.

311. *Il domicilio può essere eletto mediante un atto diverso da quello che constata la convenzione in causa di cui le parti eleggono domicilio. Può essere eletto anche il domicilio reale, poichè la legge non lo vieta.* II, 107-108

Sic, su quest' ultimo punto, Parigi, 15 maggio 1885, D. P., 1888, 2, 152.
Cfr. al testo, HUC, v. I, n. 393; — AUBRY e RAU, v. I, § 146, note 2 e 6; — *Pand. belges*, v. *Domicile élu*, nn. 2 e 5.

312. *Il domicilio eletto, risultante da una convenzione, si trasferisce agli aventi diritto, in conformità all'articolo 1122.* II, 109

Sic Bruxelles, 25 maggio 1886, *Pasic.*, 1886, II, 346; *Belg. jud.*, 1887, 392; *J. Trib.*, 1886, 1140; — Parigi, 15 maggio 1885, D. P., 1888, 2, 152; AUBRY e RAU, v. I, § 146, p. 591, nota 19; — *Pand. belges*, v. *Domicile élu*, n. 27.

§ 2. EFFETTI DEL DOMICILIO D'ELEZIONE.

313. *Gli effetti dell'elezione di domicilio fatta in un contratto sono determinati dalla convenzione, o, se questa tace, dall'articolo 111. Siccome l'elezione di domicilio deroga al diritto comune, deve essere interpretata ristrettivamente e contenuta nei limiti in riguardo ai quali le parti l'hanno stabilito.* II, 110

Ne risulta che un terzo estraneo alla convenzione non può invocare l'elezione di domicilio fatta da una delle parti.

Sic Cass. fr., 31 dicembre 1878, D. P., 1879, 1, 55; *J. Pal.*, 1879, 514.
Cfr., al testo, DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Domicile élu*, n. 26; — *Pand. belges*, v. *Domicile élu*, nn. 16, 23, 26, 28.

314. *Il pagamento non può farsi al domicilio eletto perchè, da un canto, l'elezione di domicilio non è di regola stabilita in contemplazione dell'eseguimento volontario della convenzione, dall'altro, la persona presso la quale è fatta ha mandato per ricevere gli atti, ma non il pagamento.* II, 111

Sic Huc, v. I, n. 393, p. 411; — Aubry e Rau, v. I, § 146, p. 590, note 14 e 15.

315. A termini dell'articolo 111 che governa, in mancanza di convenzioni speciali delle parti, gli effetti dell'elezione di domicilio, se un atto contiene elezione di domicilio per l'esecuzione del medesimo, le notificazioni, citazioni e gli altri atti che vi si riferiscono potranno essere fatti al domicilio convenuto e dinanzi al giudice di questo.

Dalla circostanza che la disposizione di cui ci occupammo contempla un atto che contiene elezione di domicilio, non è però a concludere che sia inapplicabile quando la domanda abbia per oggetto, non già l'adempimento della convenzione, ma bensì la dichiarazione di nullità o d'inesistenza del contratto.

È vero infatti che la legge non dice che potranno farsi al domicilio convenuto e dinanzi al giudice di questo, le notificazioni, citazioni e altre procedure relative all'esecuzione dell'atto, ma sibbene le notificazioni, citazioni e altre procedure relative all'atto medesimo; ma è certo che una domanda di nullità o una dichiarazione d'inesistenza d'un atto si riferiscono a questo. D'altro lato, siccome tale azione ha per iscopo di rendere ineseguibile l'atto, bisogna dire che concerne l'esecuzione del medesimo.

Sic Rouen, 30 aprile 1870, Sir., 1871, 2, 75; — Dall., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Domicile élu*, n. 27, nota 2.

Contra: Pand. belges, v. *Domicile élu*, n 20; — Dall., *Rép. Suppl.*, *loc. cit.*, n. 27; — Aubry e Rau, v. I, § 146, p. 590, nota 13; — Huc, t. I, n. 393, p. 411.

Cfr. Bruxelles, 25 marzo 1886, *Pasic.*, 1886, II, 346; *Belg. jud.*, 1887, 392; *J. Trib.*, 1886, 1140; — Cass. fr., 21 dicembre 1875, *J. Pal.*, 1876, 262; Sir., 1876, 1, 109; — Bormans, *Compétence en matière contentieuse*, 3.a ediz., v. II, n. 883-884.

II, 112 **316.** *L'elezione di domicilio, al pari di ogni altro contratto, non può essere revocata che col consenso delle parti.*

Se è fatta nell'esclusivo interesse dell'una o dell'altra fra le parti, questa può rinunziare a valersene (art. 111 del codice civile; 59 del codice di procedura civile).

Per regola generale, l'elezione di domicilio deve considerarsi fatta nell'interesse del contraente della parte che elesse il domicilio.

Sic e cfr. al testo, Grenoble, 6 aprile 1881, D. P., 1882, 2, 17; — DALL., *Rep.*, *Suppl.*, v. *Domicile élu*, n. 24.

Cfr. al testo, CASS. fr., 14 giugno 1875, D. P., 1875, 1, 289; — SIR., 1876, 1, 172; *J. Pal.*, 1876; 399; — AUBRY e RAU, t. I, § 146, p. 591, note 23 e 24.

317. *Il rapporto giuridico tra chi elesse il domicilio e il domiciliatario è quello che intercede fra mandante e mandatario e si regola secondo le norme generali del mandato.*

II, 113

Chi elesse domicilio, può scegliersi un nuovo mandatario, purchè questo cambiamento non leda per nulla i diritti della persona a cui favore è fatta l'elezione.

Sic Pand. belges, v. *Domicile élu*, nn. 112 sgg.

TITOLO IV.

Degli assenti.

II 114-115.

318. *L'applicazione delle norme legislative che si riferiscono all'assenza diviene ogni giorno meno frequente; la maggior parte delle questioni discusse dagli scrittori sono puramente teoriche e non si presentano nella vita reale.*

Oltre il diritto comune stabilito dal codice civile, esistono regole che si applicano soltanto ai militari assenti, e il cui studio esce dai limiti del nostro lavoro.

CAPO PRIMO.

PRINCIPI GENERALI.

II 116-118.

319. *Giuridicamente si distinguono i non presenti, vale a dire le persone che non si trovano dove dovrebbero essere, e gli assenti, cioè coloro che scompaiono in tal guisa che sia incerto se vivano tuttora o si siano resi defunti.*

Nella teorica dell' assenza, l' assente è un incapace di cui il legislatore volle principalmente tutelare gli interessi.

Perciò il titolo dell' assenza non trova applicazione ai non presenti. Ciò resulta, d'altronde, in modo manifesto, dai lavori preparatori.

Su quest'ultimo punto, *sic* FUZIER-HERMAN, *Rép. de droit fr.*, v. *Absence*, n. 4 segg.; — *Pand. fr.*, v. *Absence*, n. 12; — HUC, v. I, 404. — Cfr. Nancy,

26 marzo 1874, Sir., 1874, 2, 165; *J. Pal.*, 1874, 723; D. P., 1875, 2, 37; — Aubry e Rau, v. I, § 147, p. 593, nota 4; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Absence*, n. 4. — Conforme al testo: *Pand. belges*, v. *Absence*, n. 1 a 3.

320. *Per l'applicazione delle norme che prescrive, la legge distingue tre periodi: la presunzione d'assenza, la dichiarazione, seguìta dall' immissione nel possesso provvisorio dei beni dell'assente e l'immissione nel possesso definitivo. In nessuno di questi periodi vi è mai presunzione di morte.* II 119-122.

Su quest' ultimo punto, *sic* Cass. Fr., 9 maggio 1882, D. P., 1883, 1, 251: *J. Pal.*, 1882, 838; — 29 gennaio 1879, *J. Pal.*, 1879, 393; Sir., 1879, 1, 159; — 14 agosto 1871, *J. Pal.*, 1871, 246; Sir., 1871, 1, 101; — Aubry e Rau, v. I, § 148, p. 594; — Fuzier-Herman, *Rép. de droit fr.*, v. *Absence*, n. 30.

321. *La invincibile potenza dei fatti ha costretto dottrina e giurisprudenza ad ammettere che l'immissione nel possesso provvisorio crei una specie di provvisoria apertura della successione, e che gli eredi immessi nel possesso provvisorio, se sono, rispetto all'assente, semplici depositarî, sono fra loro proprietarî e posseggono come tali in confronto ai terzi. Questa tesi è contraria alla legge. Gli eredi immessi nel possesso provvisorio sono semplici amministratori fra loro e riguardo ai terzi come di fronte all'assente. Perciò non hanno, come a torto si ritiene, l'obbligo della collazione e non debbono, rispetto ai debiti dell' assente, essere equiparati agli eredi beneficiati. Se sono eredi riservatari, non possono agire in riduzione delle liberalità eccedenti la quota disponibile.* II 123-133.

Su quest'ultimo punto, *sic* Caen, 24 febbraio 1872, *J. Pal.*, 1872, 948; Sir., 1872, 2, 241; D. P., 1873, 2, 81; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Absence*, n. 44; — Aubry e Rau, v. I, § 153, p. 613; — Fuzier-Herman, *Rép. de droit fr.*, v. *Absence*, n. 324.

Cfr. al testo: *Pand. belges*, v. *Absence*, n. 158 e seg.; — Huc, v. I, n. 437 e seg. — *Contra:* Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Absence*, n. 35; — Aubry e Rau, v. I, § 153, p. 609 e seg.; — *Pand. fr.*, v. *Absence*, n. 185, 306 e seg. — Cfr. Fuzier-Herman, *Rép. de droit fr.*, v. *Absence*, n. 186 e seg., che adotta un sistema intermedio.

CAPO II.

DELLA PRESUNZIONE D'ASSENZA.

§ 1. QUANDO VI SIA PRESUNZIONE D'ASSENZA.

II 134-139. **322.** *Si presume l'assenza quando sorge la necessità di provvedere all'amministrazione dei beni di una persona scomparsa in guisa che si ignori se sia ancora in vita. La presunzione d'assenza rimane priva d'effetto se l'assente ha conferito ad alcuno il mandato di gerire i propri affari. Vien dichiarata dal tribunale competente, secondo il diritto comune. Questo statuisce sulla richiesta del pubblico ministero o di ogni altra persona che abbia un interesse qualsiasi, fosse pure eventuale, alla conservazione dei beni dell'assente, come l'erede presunto o il legatario. Il pubblico ministero non può esercitare le azioni dell'assente* (art. 114).

Riguardo alla facoltà d'agire, spettante al pubblico ministero, *sic* Nancy, 26 marzo 1874, SIR., 1874, 2, 165; D. P., 1875, 2. 37; *J. Pal.*, 1874, 723.

Cfr. al testo: *Pand. belges*, v. *Absence*, n. 14, 21 e seg.; — AUBRY e RAU, v. I, § 149, p. 596 e 597, note 2 a 6; — HUC, v. I, n. 398 a 401, 403; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Absence*, n. 6 a 8; — FUZIER-HERMAN, *Rép. de droit fr.*, v. *Absence*, n. 38 e seg., 82 e seg.

§ 2. EFFETTI DELLA PRESUNZIONE D'ASSENZA RIGUARDO AI BENI DELL'ASSENTE.

II 140-142. **323.** *Il tribunale ha piena libertà di prescrivere tutti quei provvedimenti che, secondo le circostanze, reputi necessari per l'amministrazione dei beni dell'assente. Se questi ha lasciato un procuratore, il tribunale, generalmente, giudicherà non occorrere il suo intervento. Qualora l'assente si trovasse, prima della presunzione d'assenza, interessato in inventari, conti, divisioni o liquidazioni, il tribunale deve affidare la rappresentanza del presunto assente ad un notaio il quale non potrà compiere*

se non gli atti abituali del suo ministero, salvo che il magistrato non gli abbia conferiti poteri più estesi, per esempio la facoltà di domandare la divisione (art. 113).

Sic AUBRY e RAU, v. I, § 149, p. 596 e 597, note 7 a 12; DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Absence*, n. 9 e 10; — HUC. v. I, n. 402; — FUZIER-HERMAN, *Rép. de droit. fr.*, v. *Absence*, n. 49 e seg.

Circa i poteri del notaio in caso di domanda di divisione, v. Cass. Fr., 21 novembre 1887, D. P., 1888, 1, 165 e la nota: *J. Pal.*, 1888, 781; — *Pand. belges*, v. *Absence*, n. 67 e seg.

Riguardo all'efficacia della sentenza in confronto dei terzi, v. Angers, 28 ottobre 1889, *Pasic. fr.*, 1891, II, 74.

§ 3. EFFETTI DELLA PRESUNZIONE D'ASSENZA SUL MATRIMONIO.

324. *Durante la presunzione d'assenza, il matrimonio sussiste con tutti i suoi effetti, anche riguardo ai beni. Nel caso di presunta assenza del marito, la moglie in comunione può, coll'autorizzazione giudiziale, fare gli atti d'amministrazione della comunione e obbligarsi per dare un assegnamento ai figli* (art. 1427); *ma non potrebbe a tal fine donare i beni della comunione poichè non le appartengono.* II 143-144.

V. *infra*, n. 340.

§ 4. EFFETTI DELLA PRESUNZIONE D'ASSENZA RIGUARDO AI FIGLI.

325. *In caso di presunta assenza del padre, la madre amministra i beni dei figli come avrebbe potuto fare il marito, e quindi senza bisogno dell'autorizzazione giudiziale. Essa esercita del pari tutti i diritti inerenti alla patria potestà, eccettuato quello di correzione, che le spetta soltanto nei limiti stabiliti dagli articoli 377 e 381* (art. 141). *Venendo a morire il coniuge presente, il consiglio di famiglia deve, entro sei mesi, conferire una tutela provvisoria, soggetta alle regole generali sulla tutela, all' ascendente prossimiore, o, in mancanza di* II 145-149.

questo, ad un terzo. Lo stesso avverrà se il presunto assente lasci figli di primo letto (art. 142 e 143). *Prima che siano spirati i sei mesi, il tribunale può, specie sulla richiesta del pubblico ministero, ordinare i necessari provvedimenti.*

Sic Pand. belges, v. *Absence*, n. 397 e seg.; Huc, v. I, p. 459-462; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Absence*, n. 89 e 80; — Fuzier-Herman, *Rép. de droit fr.*, v. *Absence*, n. 586-596; — Aubry e Rau, v. I, § 160, note 3 a 7, p. 638 e 639.

Quanto all'inutilità dell'autorizzazione giudiziale, *sic* trib. Senna, 12 luglio 1882, *la Loi*, 25 agosto 1882.

Rispetto all'usufrutto legale, v. *infra* Laurent, v. IV, n. 325.

I, 150. **326**. *Il figlio nato più di trecento giorni dopo la scomparsa del padre, non può invocare la presunzione di legittimità di che all' articolo 312, perchè questa disposizione contempla il caso in cui sia certa l'esistenza del marito al tempo del concepimento.*

Sic Pand. belges, v. *Absence*, n. 418 e segg.; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Paternité*, n. 58; — Aubry e Rau, v. I, § 159, nota 7, p. 636. — Cfr. Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Absence*, n. 67.

§ 5. Fine della presunzione d'assenza.

II, 151. **327**. *La presunzione d'assenza cessa col ritorno del presunto assente: in questo caso tutti i provvedimenti provvisori cadono di pien diritto. Essa ha termine ancora se l'assente dia notizie di sè: in questo caso, il tribunale può prescrivere misure analoghe a quelle autorizzate dall'articolo 131. Finisce pure colla prova della morte: in tale ipotesi, si apre la successione. Da ultimo, la presunzione vien meno per effetto del giudicato che dichiara l'assenza.*

Se l'assente ritorna, cadono i provvedimenti interinali, ma gli atti posti in essere validamente dalle persone che, durante la presunzione d'assenza, amministrarono in forza di autorizzazione regolare, rimangono efficaci ed obbligano l'assente.

Sic su quest'ultimo punto, Fuzier-Herman, *Rép. de droit fr.*, v. *Absence*, n. 90 e seg.

Cfr. al testo, *Pand. belges*, v. *Absence*, n. 90.

CAPO III.

SECONDO PERIODO D'ASSENZA.

Sezione I. — Della dichiarazione d'assenza.

328. *L'assenza deve essere dichiarata mediante una sentenza. Non può esserlo se non quando, dal momento in cui il presunto assente ha cessato di comparire al suo domicilio o alla sua residenza, o un terzo non ne diede più notizie, o l'assente stesso non ne ha mandate, siano trascorsi quattro o dieci anni, secondo che egli abbia lasciato un procuratore per l'amministrazione dei suoi beni, oppur no. Allorchè la procura non è generale o fu limitata nel tempo, il giudice apprezzerà, secondo le risultanze della causa, se l'assente abbia avuto, o meno, l'intenzione di allontanarsi per molto tempo, ed esigerà, oppur no, per dichiarare l'assenza, il termine di dieci anni.* II 152-156.

Sic DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Absence*, n. 11 e 12; — FUZIER-HERMAN, *Rép. de droit fr.*, v. *Absence*, n. 95 segg.; — HUC, v. I, n. 410 e 411, e *Pand. belges*, v. *Absence*, n. 94 segg.: queste due ultime autorità insegnano peraltro che, sempre quando vi è una procura, il termine dev'essere di dieci anni. — Cfr. AUBRY e RAU, v. I, § 151, note 1 e 6, p. 599 a 600.

329. *La dichiarazione d'assenza può essere richiesta dalle parti interessate, val dire da tutte le persone dei cui interessi si preoccupa la legge nel secondo periodo dell'assenza. I creditori dell'assente e il ministero pubblico non possono domandarla perchè non vi hanno alcun interesse.* II 157-158.

Sic Pand. belges, v. *Absence*, n. 107 e seg.; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Absence*, n. 13 a 16; — FUZIER-HERMAN, *Rép. de droit fr.*, v. *Absence*, n. 107 a 116; — HUC, n. 412 e 414; — AUBRY e RAU, v. I, § 151, p. 600.

330. *La competenza del tribunale si determina secondo il diritto comune. La sentenza che dichiara l'assenza non può essere pronunziata se non dopo un'inchiesta al domicilio e alla residenza* (art. 116) *e solo quando sia trascorso un anno dalla data del provvedimento che ordina l'inchiesta medesima. Anche se questa stabilisca che l'agente non diede sue notizie da quattro* II 159-161.

o dieci anni, il giudice, il quale gode di un potere discretivo a tal riguardo, non è obbligato a dichiarare l'assenza. Le sentenze, siano preparatorie o definitive, debbono essere pubblicate.

Rispetto al carattere sostanziale della formalità della dichiarazione e del termine di un anno, *sic* trib. Anvers, 3 ottobre 1889, *J. Trib.*, 1889, 1547; *Pand. pér.*, 1890, 519; — Cass. Fr., 15 luglio 1878, Sir., 1878, 1, 452; *J. Pal.*, 1878, 1188; D. P., 1878, 1, 422.

Cfr. al testo, *Pand. belges*, v. *Absence*, n. 111 e seg.; — Huc, n. 415 e 416; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Absence*, n. 17 e 18; — Fuzier-Herman, *Rép. de droit fr.*, v. *Absence*, n. 117 e seg.; — Aubry e Rau, v. I, § 151, p. 600 e 601, nota 11.

Sezione II. — Dell'immissione nel possesso provvisorio.

§§ 1 e 2. Chi può domandarla? — Quali beni concerna.

II 162-167. **331.** *L'immissione nel possesso provvisorio non può aver luogo se non dopo la sentenza che dichiara l'assenza.*

Può essere indistintamente domandata da tutti i successibili, anche a titolo irregolare, al giorno della scomparsa o delle ultime notizie, dai loro eredi e da chiunque abbia un diritto subordinato alla morte dell'assente. L'erede prossimiore, rimasto inattivo, può chiedere l'immissione contro l'erede più lontano che l'abbia ottenuta anteriormente (art. 120, 123).

L'immissione in possesso concerne esclusivamente i diritti attuali ed eventuali che appartengono all'assente al giorno delle ultime notizie o della scomparsa; quelli che nascessero dopo quell'epoca non possono spettargli, neppure col consenso degli eredi. I frutti, compresi quelli scaduti dopo la scomparsa, vengono consegnati alla persona immessa nel possesso dei beni di cui costituiscono l'accessorio.

Sic Pand. belges, v. *Absence*, n. 122 e seg., — Huc, v. I, n. 418 e 419; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Absence*, n. 19 e seg.; — Fuzier-Herman, *Rép. de droit fr.*, v. *Absence*, n. 146 e seg., 172 e seg.

Rispetto ai diritti nati durante l'assenza, v. *infra*, n. 350.

§ 3. Effetti dell'immissione provvisoria.

N. 1. Obbligazione degli immessi.

332. *Gli immessi nel possesso provvisorio, che la legge designa col nome di depositarî* (art. 125), *sono amministratori con mandato, conferito loro dal tribunale, di agire in di lui nome. Mandatari salariati, sono responsabili, conformemente all' articolo 1137* (art. 1992). *Debbono prestare cauzione o un pegno sufficiente* (art. 2041), *o una garanzia ipotecaria; in difetto di che non possono ottenere l'amministrazione e continuano le misure conservatorie prescritte finchè l'assenza è presunta* (art. 120). *Debbono far procedere all'inventario* (art. 126). *Possono chiedere una perizia degli immobili* (art. 126), *senza però che, in difetto di questa, si presuma abbiano ricevuti i beni in buono stato. Stanno a carico dell'assente le spese fatte da costoro dopo la dichiarazione d'assenza e fino all'immissione in possesso* (art. 1999, 126). II 168-174.

Cfr. al testo, *Pand. belges*, v. *Absence*, n. 174 e seg.

Quanto alla responsabilità, *sic* Fuzier-Herman, *Rép. de droit fr.*, v. *Absence*, n. 194; — Aubry e Rau, v. I, § 153, nota 2, p. 604.

Riguardo alla mancanza di cauzione, *sic* trib. Gand, 3 gennaio 1883, *Pasic.*, 1883, III, 265; *J. Trib.*, 1883, 208; *Belg. jud.*, 1883, 663; — Huc., v. I, n. 431; — Fuzier-Herman, *Rép. de droit fr*, v. *Absence*, n. 206.

Rispetto alla mancanza della perizia, *sic Pand. belges*, v. *Dépérissement de biens*, n. 27; — Huc, v. I, n. 433. — *Contra*: Aubry e Rau, v. I, § 153, nota 4, p. 605. — Cfr. trib. Gand, 3 gennaio 1883, *Pasic.*, 1883, III, 265; — Fuzier-Herman, *Rép. de droit fr.*, v. *Absence*, n. 218 e seg.

Relativamente alle spese, *sic* trib. Louvain, 26 aprile 1884, *Pasic.*, 1884, III, 199; — Huc, v. I, n. 421 e 433; — Fuzier-Herman, *Rép. de droit fr.*, v. *Absence*, n. 226 e seg.

N. 2. Potere d'amministrazione.

333. *Gli immessi nel possesso dei beni dell' assente hanno diritto di compiere tutti gli atti che, secondo i principii generali, sono in facoltà degli amministratori: conseguentemente, non potrebbero consentir locazioni di durata superiore ai nove anni. Sono tenuti a conservare i mobili di cui il tribunale non* II 175-182.

ordini la vendita, conformemente all'articolo 126; in caso di vendita, debbono provvedere all'impiego del prezzo, come dei frutti scaduti, e, contravvenendo a questo loro obbligo, sono responsabili come mandatari. Non possono transigere o alienare i beni mobili senza l' autorizzazione del tribunale; nè consentire ipoteche, secondo la legge ipotecaria belga, se non uniformandosi alle formalità prescritte pei minori (art. 75 della legge del 26 dicembre 1851) *o, a norma del codice civile, se non coll' autorizzazione del tribunale. Qualora transigano o alienino un mobile od un immobile senza diritto, la transazione o la vendita saranno nulle, l'assente rimarrà proprietario e gli immessi, come gli acquirenti, potranno domandarne l' annullamento* (art. 1599 e 1560).

Cfr. al testo, *Pand. belges*, v. *Absence*, n. 198 e seg.; — *Pand. fr.*, v. *Abandon*, n. 252 e seg.

Quanto alle locazioni, *sic* HUC, v. I, n. 434. — *Contra:* AUBRY e RAU, v. I, § 153, p. 607, nota 10. — Cfr. DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Absence*, n. 29.

Rispetto alla facoltà di alienare i beni mobili, *contra*: HUC, v. I, n. 435; — AUBRY e RAU, v. I, § 153, p. 606; — Cfr. DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Absence*, n. 30; — FUZIER-HERMAN, *Rép. de droit fr.*, v. *Absence*, n. 261 e seg.

Quanto alla responsabilità in caso di mancanza d'impiego, *sic* FUZIER-HERMAN, *Rép. de droit fr.*, v. *Absence*, n. 223 e 224, — AUBRY e RAU, v. I, § 153, nota 6, p. 605; — HUC, v. I, n. 433. — *Contra:* DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Absence*, n. 32, che applica analogicamente gli articoli 1065 e 1066.

Riguardo alla facoltà di alienare i beni immobili, *sic* DALL., *Rép.*, *Supp.* v. *Absence*, n. 27; — HUC, v. I, n. 436; — AUBRY e RAU, v. I, § 153, p. 607 e 608, note 11 e 12.

Relativamente alle alienazioni fatte senza diritto, cfr. DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Absence*, n. 27; — FUZIER-HERMAN, *Rép. de droit fr.*, v. *Absence*, n. 251 e seg.; — AUBRY e RAU, v. I, § 153, p. 608, nota 13; — HUC, v. I, n. 436, e *infra* commento all'art. 1599.

II 183-187. **334.** *Il possesso provvisorio è un deposito che impone agli immessi l'obbligo d'amministrare: perciò essi non hanno altri diritti all'infuori di quelli che risultano da questo incarico. Per conseguenza, non possono validamente alienare gli immobili dell'assente, neppur se si limitino a vendere i loro pretesi diritti su questi immobili o ad alienare colla clausola di risoluzione del contratto pel caso che l'assente sia ancora in vita. Non possono cedere per atto tra vivi i diritti loro attribuiti*

dall'immissione in possesso, sebbene l'amministrazione possa, in relazione all'articolo 120, essere continuata dai loro successori ab intestato *o testamentari. Non possono fare stipulazioni relative alla successione dell'assente. I creditori degli eredi presuntivi non possono chiedere l'immissione provvisoria col pretesto di esercitare i diritti degli eredi medesimi.*

Riguardo al diritto d'alienare, cfr. DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Absence*, n. 28; — *Pand. belges*, v. *Absence*, n. 271 e seg.; — *Pand. fr.*, v. *Absence*, n. 261.

Per ciò che concerne le stipulazioni intorno alla successione dell'assente, confr. DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Absence*, n. 66; — *Pand. belges*, v. *Absence*, n. 228 e 229. — *Contra: Pand. fr.*, v. *Absence*, n. 300.

Rispetto ai diritti dei creditori, *sic* DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Absence*, n. 14. — *Contra:* AUBRY e RAU, v. IV, § 312, p. 127, nota 4. — Cfr. FUZIER-HERMAN, *Rép. de droit fr.*, v. *Absence*, n. 313 e segg.; — HUC, v. I, n. 413, il quale, ammettendo una distinzione contraria al testo della legge fra gli eredi presuntivi e le persone aventi un diritto subordinato alla condizione della morte dell'assente, applica ai creditori dei primi la regola esposta qui sopra e la respinge pei creditori dei secondi.

335. *I diritti contro l'assente debbono essere esercitati contro gli immessi in possesso* (art. 134). *Questi, essendo semplici amministratori, non hanno facoltà che di esercitare le azioni mobiliari dell'assente e debbono, per l'esercizio delle azioni immobiliari, essere autorizzati dal tribunale: spetta però loro l'azione di divisione* (art. 817). II, 188.

Cfr. al testo, *Pand. belges*, v. *Absence*, n. 231 e seg.; — AUBRY e RAU, v. I, p. 608, § 153, nota 16. — Cfr. FUZIER-HERMAN, *Rép. de droit fr.*, v. *Absence*, n. 269 e seg.; DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Absence*, n. 39 e seg.

336. *L'assenza non sospende la prescrizione. Questa corre contro l'assente e non contro gli immessi, che sono semplici mandatari di lui.* II, 189

Cfr. al testo, *Pand. belges*, v. *Absence*, n. 235 e seg.

Sul primo punto, *sic* Cass. Fr., 19 luglio 1869, D. P., 1870, 1, 65; *J. Pal.*, 1869, 1064; — DALL. *Rép.*, *Supp.*, v. *Absence*, n. 41; — HUC, v. I, n. 438.

Sul secondo, *sic* HUC, v. I, n. 438. — *Contra:* DALL. *Rép.*, *Supp.*, v. *Absence*, n. 41; — AUBRY e RAU, v. I, § 153, note 27 e 28, p. 611.

N. 3. Diritti degli immessi.

II 190-194. **337.** *Gli immessi in possesso hanno diritto, sulle rendite nette maturate a favore dell'assente dopo la dichiarazione d'assenza, a una quota che varia secondo il tempo decorso dalla scomparsa* (art. 127). *L'eccedenza delle rendite vien rimessa all'assente, se si presenta prima di trent'anni dalla sua scomparsa, o a coloro ai quali si devolvono i beni. Le spese d'amministrazione stanno a carico dell'assente, in proporzione alla sua quota nelle rendite, eccezion fatta per le riparazioni straordinarie che incombono esclusivamente a lui.*

Cfr. al testo, *Pand. belges*, v. *Absence*, n. 241 a seg.

Sic Fuzier-Herman, *Rép. de droit fr.*, v. *Absence*, n. 279 a 287; — Huc, v. I, n. 440; — Aubry e Rau, v. I, § 155, p. 614, note 1 e 2.

Rispetto alla decorrenza del termine secondo la cui durata varia la quota delle rendite, *sic* Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Absence*, n. 33.

Quanto alle vendite anteriori all'immissione in possesso, *sic* trib. Gand, 3 gennaio 1883, *Pasic.*, 1883, III, 265; *Belg. jud.* 1883, 663.

§ 4. Rapporti degli immessi in possesso fra loro e in confronto ai terzi.

II 195-198. **338.** *Gli immessi in possesso hanno tutti i medesimi diritti ed obblighi relativamente all'amministrazione, salvo al tribunale il regolamento delle difficoltà che potessero derivare da un'amministrazione in comune. Non possono pertanto dividere fra loro il godimento dei beni dell'assente, nè procedere alla licitazione di questi. Contrariamente all'opinione generale che li considera come proprietari, bisogna ritenere che, anche rispetto ai terzi, sono semplici amministratori e che, per conseguenza, i loro creditori non hanno alcun diritto sui beni mobili o immobili dell'assente.*

Cfr. al testo, *Pand. belges*, v. *Absence*, n. 164 seg.

Quanto ai rapporti degli immessi fra loro, *sic* Huc, v. I, n. 437. *Contra:* Aubry e Rau, v. 1, § 153, p. 609; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Absence*, n. 35, il quale ammette tuttavia che soltanto gli immessi possano partecipare alla licitazione. — Cfr. Fuzier-Herman, *Rép. de droit fr.*, v. *Absence*, n. 291 seg.

Rispetto ai rapporti degli immessi coi terzi, *sic* HUC, v. I, n. 438. *Contra:* DALL., *Rép.*, *Supp.* v. *Absence*, n. 43; — AUBRY e RAU, v. I, § 153, p. 610 e seg. — Cfr. FUZIER-HERMAN, *Rép. de droit fr.*, v. *Absence*, n. 298 e segg.

§ 5. FINE DELL'IMMISSIONE NEL POSSESSO PROVVISORIO.

339. *L'immissione nel possesso provvisorio cessa colla morte dell'assente* (art. 130, 121), *quando egli ritorni o dia notizie di sè* (art. 131), *ovvero coll'immissione definitiva.* II, 199.

Cfr. al testo, *Pand. belges*, v. *Absence*, n. 264.

Sezione III. — Diritti del coniuge presente.

§ 1. PRINCIPÌ GENERALI.

340. *Il coniuge presente può, come successore irregolare, chiedere l'immissione in possesso. Se il matrimonio fu stipulato sotto il regime della comunione legale o convenzionale, può optare per la continuazione della comunione o domandarne lo scioglimento provvisorio; questo diritto può esercitarsi anche prima che sia stata chiesta l'immissione provvisoria.* II 200-203.

Cfr. al testo, *Pand. belges*, v. *Absence*, n. 265 e segg.

§ 2. CONTINUAZIONE DELLA COMUNIONE.

341. *L'opzione del coniuge presente per la continuazione della comunione impedisce l'immissione in possesso degli eredi presuntivi, come pure l'esercizio provvisorio di tutti i diritti subordinati alla condizione della morte dell'assente, e fa divenire il coniuge presente amministratore legale dei beni della comunione e di quelli dell'assente.* II 204-214.

In tal qualità, il marito ha sulla comunione gli stessi diritti d'un amministratore convenzionale ed esercita pure semplicemente i poteri d'amministratore sui beni di cui la moglie erasi riservata l'amministrazione. La donna, amministratrice legale, è equiparata all'immesso in possesso; non le occorre l'autorizzazione giudiziaria che per gli atti di disposizione e per stare in giudizio; e conserva, dopo l'opzione, il diritto di

rinunziare alla comunione. Il coniuge amministratore legale deve fare inventario (art. 126)*; non può essere mai costretto a dare cauzione.*

La comunione, continuata in tal modo, cessa per le cause che pongono fine all' immissione provvisoria, colla morte del coniuge presente o col suo rifiuto a proseguire nella gestione. La data dello scioglimento è quella della morte provata del coniuge, o, quando si verifichi per causa diversa, quella della scomparsa o delle ultime notizie dell' assente.

Il coniuge amministratore legale ha, relativamente ai frutti percetti durante l'amministrazione, i diritti e le obbligazioni dell' immesso nel possesso provvisorio; la restituzione ha luogo in conformità all' articolo 127, combinato, ove del caso, coll' articolo 1401.

Sic. *Pand. belges*, v. *Absence*, n. 272 e seg.; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Absence*, n. 46 e seg.; — AUBRY e RAU, v. I, § 155, p. 616 a 619; — HUC, v. I, n. 424 a 427. — Comp. FUZIER HERMAN, *Rép. de droit franc.*, v. *Absence*, n. 335 e seg.

§ 3. SCIOGLIMENTO DELLA COMUNIONE.

II 215-218. **342**. *Il coniuge presente può optare pel provvisorio scioglimento della comunione. Esercita allora le sue riprese e tutti i diritti legali e convenzionali; deve prestar cauzione per le cose che ammettono restituzione; non ha, rispetto alle medesime, che i diritti d'un amministratore, mentre è proprietario delle altre; non na obbligo di fare inventario; gode dei frutti nella proporzione stabilita dall' articolo 127 e deve restituirli conformemente a questa disposizione, combinata, ove del caso, coi principi della comunione.*

Sic HUC, v. I, n. 428 e seg. — Confr. *Pand. belges*, v. *Absence*, n. 302 e seg., — DALL., *Rép. Supp.*, v. *Absence*, n. 54 e 55, che reputano obbligatorio l'inventario; — FUZIER HERMAN, *Rép. de droit fr.*, v. *Absence* n. 415 e seg.

Sezione IV. — Dei figli minori.

343. *Contrariamente all'opinione generale, bisogna ritenere che la dichiarazione d'assenza non dà luogo alla provvisoria apertura della tutela e che, durante questo periodo, la condizione dei figli, come durante la presunzione d'assenza, è regolata dagli articoli 141 a 143.*

II 219-221.

Sic. *Pand. belges*, v. *Absence*, n. 423 e seg. — FUZIER HERMAN, *Rép. de droit fr.*, v. *Absence*, n. 597 e seg.; — *Contra :* DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Absence*, n. 92; — AUBRY e RAU, v. I, § 160, nota 8, p. 639; — HUC, v. I, p. 459, i quali ammettono l'apertura della tutela, con certe varianti. V. *supra*, n. 325.

CAPO IV.

DELL'IMMISSIONE NEL POSSESSO DEFINITIVO E DEL TERMINE DELL'ASSENZA.

Sezione I. — Dell'immissione definitiva.

§ 1. QUANDO HA LUOGO.

344. *Si fa luogo all'immissione definitiva, quando siano decorsi cento anni dalla nascita dell'assente; ovvero trenta, non dalla dichiarazione d'assenza, ma, come dispone l'articolo 129, dall'immissione nel possesso provvisorio, o dall'epoca in cui il coniuge in comunione di beni ha assunta l'amministrazione legale.*

II 222-224.

Può essere domandata dai successibili al tempo della scomparsa o delle ultime notizie.

È pronunziata dal tribunale che può, ove del caso, ordinare un'inchiesta.

Rispetto al momento dal quale decorrono i trent'anni, *sic* FUZIER-HERMAN, *Rép. de droit franç.*, v. *Absence*, n. 455; — AUBRY e RAU, v. I, § 156, p. 621. — *Contra* : DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Absence*, n. 56; — *Pand. belges*, v. *Absence*, n. 309.

Quanto al carattere facoltativo dell'inchiesta, *sic* *Pand. belges*. v. *Absence*, n. 138; — FUZIER-HERMAN, *Rép. de droit franç.*, v. *Absence*, n. 462. — Confr. DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Absence*, n. 57; — AUBRY e RAU, v. I, § 156, p. 621.

§ 2. Effetti dell' immissione definitiva.

II 225-231.

345. *L'immissione definitiva attribuisce agli immessi un diritto sui beni dell'assente, revocabile col ritorno di costui. Conseguentemente, gli immessi possono disporre dei beni in via definitiva, a titolo gratuito od oneroso, e procedere alla divisione che deve aver luogo secondo i principii generali sulla eredità; si fa quindi luogo alla collazione e all'azione di riduzione; gli immessi non sono tenuti ai debiti che fino a concorrenza di quanto raccolgono.*

Quando l'immissione provvisoria ha durato trent'anni, i fideiussori sono di pien diritto liberati per l'avvenire, senza peraltro essere esonerati dalle responsabilità che poterono incontrare prima di quest'epoca.

Conforme al testo, *Pand. belges*, v. *Absence*, n. 319.

Quanto ai diritti e alle obbligazioni degli immessi, *sic* Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Absence*, n. 59 e seg. — Aubry e Rau, v. I, § 155, p. 623; — Fuzier-Herman, *Rép. de droit fr.*, v. *Absence*, n. 463 e seg.; — Huc, v. I, n. 443 e 444.

Rispetto ai fideiussori, conforme al testo, salvo per quanto concerne la persistenza della responsabilità per gli atti precedenti, Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Absence*, n. 63 e 64; — Aubry e Rau, v. I, § 156, p. 622, note 4 e 5; — Huc, v. I, n. 443. — Confr. Fuzier-Herman, *Rép. de droit fr.*, v. *Absence*, n. 473 e seg.

Sezione II — Termine dell'assenza.

§ 1. Ritorno dell' assente.

II 232-237.

346. *Se l'assente ritorna o dà notizie di sè durante l'immissione definitiva, i diritti degli immessi sono revocati per l'avvenire senza che si possa opporre all'assente la prescrizione. L'assente riprende i suoi beni nello stato in cui si trovano. Conseguentemente, gli immessi debbono restituirgli esclusivamente i capitali di cui si sono locupletati, nè esso può impugnare le alienazioni a titolo oneroso o gratuito o qualsiasi altro atto col quale gli immessi abbiano disposto dei suoi beni. In caso di vendita, dovranno gli immessi restituirgli il prezzo, a meno che l'abbiano dissipato; se ne hanno fatto*

reimpiego, sono tenuti a rendergli, non mica il prezzo, ma i beni acquistati a titolo di reimpiego. Se hanno fatta donazione dei di lui beni, non gli debbono nulla, salvo che non se ne siano serviti per dotare i propri figli; in tale ipotesi basta che gli restituiscano ciò di cui si sono locupletati non diminuendo il loro patrimonio, e non sono punto obbligati, se provano che l'arricchimento non ebbe luogo (art. 132).

Sic. Pand. belges, v. *Absence*, n. 331 e segg.; — FUZIER-HERMAN, *Rép. de droit fr.*, v. *Absence*, n. 477 e seg. — HUC, v. I. n. 444; — AUBRY e RAU, v. I, § 157, p. 623 e 624, nota 6 e seg.

Conforme al testo, salvo pel caso di reimpiego, DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Absence*, n. 97, il quale riconosce all'immesso, in caso di vendita o di reimpiego, il diritto di restituire a sua scelta il prezzo o i beni acquistati a titolo di reimpiego.

§§ 2 e 3. DIRITTI DEI FIGLI DELL'ASSENTE E DEI COLLATERALI.

347. *I discendenti dell'assente possono, durante trent' anni dopo l'immissione definitiva, scorso il qual termine si verifica la prescrizione, esercitare contro gli immessi definitivi i diritti che appartengono all'assente, se questo ritorna* (art. 133). *I collaterali che, al giorno della scomparsa, hanno un grado di parentela più prossimo degli immessi nel possesso definitivo, non possono farsi sostituire a costoro se non nel caso in cui l'immissione nel possesso provvisorio non abbia durato trenta anni, poichè, in tale ipotesi, la loro azione è prescritta. Se agiscono durante l'immissione provvisoria, debbonsi loro rimettere i frutti nella proporzione stabilita dall'articolo 127; se sperimentano l'azione in pendenza dell'immissione definitiva, non hanno, come l'assente in caso di ritorno, alcun diritto sui frutti durante questo periodo.* II 238-241.

Conforme al testo, *Pand. belges*, v. *Absence*, n. 344 seg.

Quanto alla restituzione dei frutti, *sic.* HUC, v. I, n. 440. — *Contra:* AUBRY e RAU. v. I, § 153, p. 612, nota 32. — Comp. FUZIER-HERMAN, *Rép. de droit fr.*, v. *Absence*, n. 444 e seg.; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Absence*, n. 36.

§ 4. Diritti degli eredi dell'assente.

II 242-244

348. *La successione dell'assente si apre il giorno in cui è provata la sua morte: sono chiamati a raccoglierla, gli eredi prossimiori a quest'epoca, si trovino o no immessi nel possesso definitivo* (art. 130). *I rapporti fra gli eredi e gli immessi sono regolati dagli articoli 127 e 132 del codice. La prescrizione non corre contro gli eredi se non dal giorno della morte dell'assente* (art. 789).

Sic salvo per quanto riguarda la prescrizione, Fuzier-Herman, *Rép. de droit fr.*, v. *Absence*, n. 504 e s.; — Aubry e Rau, v. I, § 157, p. 626, nota 15 e s.; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Absence*, n. 95 e 96.

CAPO V.

REGOLE COMUNI AI TRE PERIODI DELL'ASSENZA

Sezione I. - Del matrimonio dell'assente.

II 245-251.

349. *Il matrimonio non si scioglie; perciò il coniuge presente non può contrarne un secondo. Se passa ad altre nozze, anche durante la presunzione d'assenza, i nuovi coniugi non potranno essere autorizzati a vivere separati; il loro matrimonio non potrà essere impugnato, neppure dopo il ritorno dell'assente, se non da costui o da un suo procuratore speciale, munito della prova della di lui esistenza* (art. 139).

Sic Huc, v. I, n. 455 e 456; — *Pand. belges*, v. *Absence*, n. 383 segg.

Sic, salvo per quanto concerne il diritto d'impugnare il secondo matrimonio, Aubry e Rau, v. I, § 159, note 2 a 4, p. 633 e 634; — Fuzier-Herman, *Rép. de droit fr.*, v. *Absence*, n. 551, 555 sgg., 564; — Dall. *Rép.*, *Supp.*, v. *Absence*, n. 83 e segg., il quale ammette che i nuovi coniugi, il pubblico ministero e tutti gli interessati possano impugnare il secondo matrimonio provando l'esistenza dell'assente al tempo in cui venne celebrato.

Sezione II. - Dei diritti eventuali che possono competere all'assente.

350. *Un diritto, sorto a profitto dell'assente durante uno dei periodi dell'assenza, non può essere in di lui nome reclamato se non fornendo la prova della sua esistenza al momento della nascita del diritto stesso. Il principio si applica a tutti i casi in cui la vita dell'assente è posta in discussione o l'esito della controversia dipenda dalla di lui esistenza* (art. 135, 136).

II 252-254.

L'articolo 136 non costituisce, pei coeredi dell'assente, un privilegio cui possano rinunziare. Non è neppure un privilegio, perchè trattasi dell'applicazione del principio generale secondo cui non può sorgere diritto a favore di una persona la cui esistenza non sia provata. I coeredi non potrebbero rinunziarvi validamente: essi hanno, è vero, il diritto di procedere alla divisione come se l'assente vivesse; se, più tardi, vogliono ritornare su questa divisione, essa non avrà fatto sorgere alcun diritto in nessuno dei periodi dell'assenza. Le decisioni che sembrano contrarie a questa conclusione appariscono rese tutte in casi nei quali l'assenza, all'epoca della divisione, non era ancora stabilita.

Sic Bruxelles, 28 febbraio 1894 e 31 gennaio 1894, *Pasic.*, 1894, III, 233; — Ypres, 9 novembre 1894, *Pand. pér.*, 1896, 496; — Bruges, 25 luglio 1887, *J. Trib.*, 1887, 1407; — Corte superiore dell'Impero germanico, 10 giugno 1890, D. P., 1893, 2, 43. — Cfr. Bruxelles, 18 novembre 1886, *Pasic.*, 1887, II, 51 *Belg. jud.*, 1887, 93; D. P., 1887, 2, 157; — trib. Bruxelles, 13 gennaio 1886, *J. Trib.*, 1886, 666; — Toulouse, 18 agosto 1881, D. P., 1882, 2, 158; — Huc, t. I, n. 449 e *supra*, n. 331.

Cfr. al testo, trib. Bruxelles, 22 ottobre 1892, *Pasic.*, 1893, III, 161; *Pand. pér.*, 1893, 916; — Poitiers, 22 gennaio 1883, D. P., 1884, 2, 165; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Absence*, n. 77 e seg.; — Aubry e Rau, v. I, § 158, p. 628, e 629, 632; - Fuzier-Herman, *Rep. de droit fr.*, v. *Absence*, n. 511 e seg., 516 e seg., 529; — Huc, v. I, n. 446 e 447; — *Pand. belges*, v. *Absence*, n. 367 e seg. — Cfr. Cass. Fr., 9 mai 1882, *J. Pal.*, 1882, 838; D. P., 1883, 1, 251; — 29 gennaio 1879, *J. Pal.*, 1879, 393; Sir., 1879, 1, 159; D. P., 1879, 1, 76; — Caen, 13 dicembre 1875, Sir., 1876, 2, 137; *J. Pal.*, 1876, 575; — 24 febbraio 1872, Sir., 1872, 2, 241; *J. Pal.*, 1872, 565; — Cass. Fr., 14 agosto 1871, *J. Pal.*, 1871, 246; Sir., 1872, 1, 101.

II 255-259.

351. *I diritti che avrebbero potuto essere reclamati in nome dell'assente se, al tempo in cui nacquero, fosse stata comprovata la di lui esistenza, vengono raccolti dalle persone che sarebbero state chiamate ad esercitarli se l' assente fosse morto* (art. 136). *I figli dell'assente rappresentano il genitore nelle successioni dalle quali egli è escluso. Coloro i quali raccolgono in tal guisa i beni in luogo dell' assente, ne sono proprietarî e non hanno obbligo di ricorrere a provvedimenti conservativi. Se l' assente ritorna o ne è provata l' esistenza, le azioni, dipendenti dai diritti che gli spettavano, potranno, salvo che non siano prescritte, essere esercitate da lui o dai suoi aventi causa* (art. 137). *Chi raccolse i beni, fa suoi i frutti percetti in buona fede* (art. 138).

Sic, quanto ai diritti di coloro che raccolgono i beni in mancanza dell' assente: trib. Tournai, 18 ottobre 1889, *Pasic.*, 1890, III, 165; *Pand. pér.*, 1890, 1001; — Anvers, 7 gennaio 1881, *Pasic.*, 1881, III, 205; — Alger, 29 maggio 1886, Sir., 1889, 1, 217, *J. Pal.*, 1889, I, 521, che ammette a torto che potrebbe sospendersi la rimozione dei sigilli; — Bourges, 17 gennaio 1872, Sir., 1872, 2, 134; *J. Pal.*, 1872; 625, D. P., 1872, 2, 31.

Cfr. al testo, Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Absence*, n. 81 e seg.; — Fuzier-Herman, *Rép. de droit fr.*, v. *Absence*, n. 530 e seg., 543 e seg.; — Huc, v. I, n. 448, 451 e 453; — Aubry e Rau, v. I, § 158, p. 630 e seg.

Rispetto alle alienazioni consentite da coloro che raccolsero i beni in mancanza dell'assente, v. Laurent, v. IX, n. 559 seg.

TITOLO V.

Del matrimonio.

CAPO PRIMO.

DELLA NATURA DEL MATRIMONIO.

352. *L'Assemblea costituente ha proclamato il principio della secolarizzazione del matrimonio. Questo principio fu tenuto fermo dal codice civile che considera il matrimonio soltanto come un atto civile.* II 260-268

La legge francese del 18 germinale anno X (art. 54) *vieta la celebrazione del matrimonio religioso prima di quella del matrimonio civile* (art. 199 del codice penale del 1810). *La Costituzione belga* (art. 16) *riproduce la stessa regola, che è sanzionata dal codice penale belga* (art. 267).

CAPO II.

DELLE CONDIZIONI RICHIESTE PER L'ESISTENZA DEL MATRIMONIO.

§ 1. DELLA DISTINZIONE FRA MATRIMONI INESISTENTI E MATRIMONI NULLI.

353. *La legge distingue l' atto nullo dall' atto inesistente. L'atto nullo, fin quando non viene annullato, produce gli stessi effetti come se non fosse viziato. Può, altresì, essere convali-* II 269-270.

dato. L'atto inesistente invece, appunto perchè non ha esistenza, non produce mai alcun effetto e non può essere convalidato. Bisogna dunque distinguere le condizioni la cui mancanza rende l'atto inesistente, da quelle in difetto delle quali l'atto è semplicemente annullabile.

§§ 2 e 3. QUALI SONO LE CONDIZIONI RICHIESTE PER L'ESISTENZA DEL MATRIMONIO? — IL CODICE HA CONSACRATA LA DOTTRINA DEGLI ATTI INESISTENTI?

II 271-280. **354.** *La questione se il codice abbia consacrata la teorica degli atti inesistenti è assai controversa: in forza degli articoli 1131, 1601, 1339 e della disposizione dell'articolo 146, bisogna ammettere l'affermativa, sebbene certamente questa dottrina, ignota all'antico diritto e formulata la prima volta dallo Zachariae, non sia stata ben compresa dagli autori del codice e sia rimasta sconosciuta ai suoi primi commentatori.*

Il matrimonio è inesistente se i coniugi non sono di sesso diverso, se non fu celebrato da un ufficiale dello stato civile, se non intervenne il consenso, come nel caso in cui uno degli sposi sia stato colpito da alienazione mentale nel momento in cui dichiara di consentire.

Se il consenso fosse viziato soltanto da violenza od errore, il matrimonio esisterebbe, ma sarebbe annullabile.

I sordomuti possono contrarre valido matrimonio.

Come è detto nel testo, gli autori del codice non hanno chiaramente compresa la cosidetta teorica degli atti inesistenti e degli atti nulli; si sono limitati a considerare come inesistente l'atto cui manchi una determinata condizione, senza intendere con ciò di applicare un principio generale. Perciò, noi crediamo preferibile non discutere teoricamente il valore di siffatta dottrina, ed esaminare, rispetto ad ogni singola difficoltà, se l'atto debba, secondo le disposizioni che lo governano, essere dichiarato nullo od inesistente.

Il matrimonio è la condizione d'un uomo e d'una donna i quali, dinnanzi ad un ufficiale dello stato civile, hanno dichiarato di voler essere marito e moglie.

Quando non v'è un uomo e una donna, ma due uomini o due donne, quando non intervenne un ufficiale dello stato civile, quando i componenti non dichiararono di voler essere marito e moglie, il matrimonio non esiste, perchè manca uno degli elementi costitutivi dello stato coniugale.

Questa soluzione non dà luogo a controversia per ciò che concerne i due primi casi. La disputa che si fa rispetto al terzo è più apparente che reale, non concernendo il principio, ma soltanto l'applicazione del medesimo. Tutti riconoscono che non esiste stato nuziale se i pretesi coniugi non dichiararono di volersi maritare. Se, dinnanzi all'ufficiale dello stato civile, uno degli sposi negò di voler passare a nozze, per unanime consenso il matrimonio è inesistente, quand'anche l'atto relativo falsamente riferisca che i comparenti dichiararono di volersi maritare. La controversia sorge allorchè si tratta di determinare in quali casi la dichiarazione equivalga a mancanza di consenso: in ispecie accade così quando uno dei comparenti si trova, al momento delle nozze, in istato d'alienazione mentale?

Esamineremo separatamente le diverse difficoltà che si sono presentate.

Conf. DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 226, e segg.

Conf. al testo, quanto ai sordomuti: Nîmes, 6 maggio 1891, *Pasic. fr.*, 1892, II, 57.

355. Se i coniugi sono del medesimo sesso, il matrimonio è inesistente.

Perchè questa regola sia applicabile, non basta che uno dei coniugi sia sprovvisto di tutti gli organi speciali al suo sesso. Infatti, il sesso non risulta soltanto dagli organi genitali, ma dall'intera costituzione dell'individuo; la mancanza di organi sessuali non è che una varietà d'impotenza e non influisce sulla validità del matrimonio al pari dell'impotenza propriamente detta (*infra*, n. 360).

Sic Caen, 23 marzo 1882, D. P., 1882, 2, 155; *J. Pal.*, 1882, 580; SIR., 1882, 2, 108.

Contra : Trib. Alais, 23 gennaio 1873, D. P., 1882, 3, 71; — Montpellier, 8 maggio 1872, SIR., 1872, 2, 272; D. P., 1872, 2, 48; *J. Pal.*, 1872, 1075; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 29. — Confr. HUC, v. II, n. 14.

CAPO III.

DELLE CONDIZIONI RICHIESTE PER LA VALIDITÀ DEL MATRIMONIO.

Sezione I. — Dell'età.

II 281-284. **356.** *Salvo il caso di dispensa concessa dal re, l'uomo non può passare a nozze prima di diciotto, la donna prima di quindici anni compiuti* (art. 144-145). *È valido il matrimonio* in extremis.

Sezione II. — Del consenso degli sposi.

§ 1. DELLA CAPACITÀ DI CONSENTIRE.

II 285-288. **357.** *I minori non possono contrar matrimonio senza il consenso degli ascendenti o della famiglia. Possono maritarsi anche le persone soggette a consulente giudiziale. L'interdetto può maritarsi durante un lucido intervallo: la questione è però dubbia di fronte all'articolo 174 del codice ed ai lavori preparatorii.*

Quest'ultimo punto forma tuttora oggetto di una viva controversia.

Per conto nostro, non possiamo accogliere l'opinione espressa dal Laurent, per vero non senza titubanza.

L'interdetto è colui che una sentenza ha dichiarato essere in uno stato abituale d'imbecillità, di demenza o di furore (articolo 489); se si marita bisogna presumere lo abbia fatto in un momento d'alienazione di mente, perchè questo è il suo stato abituale: il matrimonio sarà pertanto annullabile, al pari di quello di ogni altro alienato (*infra*, n. 362).

Sarà lecito togliere efficacia alla presunzione collo stabilire che l'interdetto era, al momento del matrimonio, in un lucido intervallo, o bisognerà invece ritenere che il matrimonio è nullo di pien diritto, senza alcun riguardo all'ipotesi che l'interdetto si sia trovato in un periodo di lucidità?

Quest'ultima è la soluzione accettabile, perchè, come vedremo esaminando le regole concernenti l'interdizione, la me-

desima ha, in linea di massima, per effetto di rendere l'interdetto incapace di consentire validamente a qualsiasi atto.

Le cause di nullità delle nozze sono esposte, è vero, nel titolo *Del matrimonio;* donde si potrebbe essere tentati di dedurre che la nostra decisione debba essere respinta siccome quella che farebbe determinare la capacità alle nozze da un titolo diverso da quello consacrato al matrimonio.

Questa obbiezione disconosce la realtà delle cose.

La conseguenza dell'interdizione è di creare, in linea di principio, una presunzione *juris et de jure* che il consenso dell'interdetto è viziato: ora le disposizioni relative al matrimonio esigono, perchè sia validamente contratto, un consenso libero. Ecco la regola da cui deriva la nullità del matrimonio dell'interdetto: l'articolo 502 non fa che ripeterla dichiarando nullo di pien diritto qualsiasi atto compiuto dall'interdetto.

Ciò si deduce d'altronde in modo palese dai lavori preparatorì. Nel progetto del titolo *Del matrimonio* era dichiarato espressamente che l'interdetto non poteva passare a nozze. Questa disposizione non fu ammessa; non già perchè fosse contraria alla volontà del legislatore, ma perchè venne osservato che era inutile, essendo naturale conseguenza della regola generale che esige pel matrimonio un consenso valido (Cfr. l'esposizione dei motivi del titolo *Dell' interdizione*, fatta dall'Emery).

Siccome l'interdetto non può mai, per causa del suo stato di alienazione, emettere un consenso valido, il suo matrimonio è annullabile in tutti i casi in cui può essere annullato il matrimonio di una persona in istato di demenza, e la nullità non può essere domandata se non da chi ha diritto di agire per l'annullamento del matrimonio dell'alienato (*infra*, n. 362).

Sic. Cass. B., 21 febbraio 1895, *Pasic.*, 1895, I, 109, che però sembra confondere l'atto nullo con quello inesistente; — Bruxelles, 20 dicembre 1893, *Pasic.*, 1894, II, 189; *Belg. jud.*, 1893, 344; Sir. e *J. Pal.*, 1895, 4, 5; D. P., 1895, 2, 185; — *Pand. belges*, v. *Interdiction*, n. 627 e seg.

Conf. al testo, Huc, v. II, n. 17; — Aubry e Rau, v. V, § 464, testo e nota 3, p. 90.

§ 2. Dei vizi del consenso.

N. 1. Quali sono i vizi del consenso in materia di matrimonio.

II, 289

358. *Il matrimonio differisce essenzialmente dai contratti ordinari, e quindi non può essere regolato dai principi di questi.*

Soltanto l'errore e la violenza possono, a norma della legge, viziare il consenso nel matrimonio.

Contrariamente all'opinione del Laurent, noi riteniamo viziato il consenso prestato da chi, trovandosi in istato di demenza, non ha intera la coscienza pei propri atti; il matrimonio contratto in queste condizioni è annullabile e non inesistente, come insegna il Laurent (v. *supra*, n. 354; *infra*, n. 362).

N. 2. Dell'errore.

II 290-297.

359. *L'errore sulla persona rende il matrimonio annullabile e non inesistente: a tal fine è necessario che verta sia sulla personalità fisica, sia sull'identità dell'altro coniuge; non influisce se concerne una qualità, fosse pure essenziale, come se lo sposo non fosse un prete spretato, un forzato liberato.*

Distinguendo fra le diverse qualità, l'Huc ne indica alcune come attributi che costituiscono, dic'egli, certi modi d'essere della persona. Questi attributi si differenzierebbero dalle qualità perchè « la loro presenza è così abituale che la mente non se ne preoccupa in ispecialità, poichè tende sempre a presumerle ». Essi sarebbero: lo stato civile, la nazionalità, la religione, la capacità di generare, la condizione laicale.

La teorica è peraltro artificiale poichè poggia sopra una base puramente immaginaria. Quando è poco nota la personalità del futuro coniuge, le cose di cui anzitutto si chiede notizia sono precisamente il suo stato civile, la nazionalità, la religione; che se d'ordinario non si fanno ricerche circa la condizione laicale, la ragione sta in ciò che, per regola generale, questo punto è chiarito dagli altri ragguagli appresi sul di lui conto.

Conf. al testo, trib. Liegi, 6 febbraio 1897, *Pasic.*, 1897, III, 90; — trib. Bruxelles, 31 marzo 1888, *Pasic.*, 1888, III, 233; *Belg. jud.*, 1888, 666; *J. Pal.*, 1888, 2, 31; — trib. Bruxelles, 24 giugno 1882, *Belg. jud.*, 1882, 876; — trib. Verviers, 1 marzo 1871, *Pasic.*, 1877, III, 140; — Riom, 7 giugno 1876 e 2 agosto 1876, D. P., 1877, 2, 32; *J. Pal.*, 1887, 617; — AUBRY e RAU, v. V, § 462, p. 66, note 7 a 9; — DALL. *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 241.

Contra: HUC, v. II, n. 69 e seg.

Confr. Cass. Torino, 21 luglio 1883 e Brescia, 10 ottobre 1883, SIR., 1886, 4, 1; *J. Pal.*, 1886, 2, 1; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 38 e seg.

360. *L'impotenza non può essere causa di nullità del matrimonio, perchè non è altro che la mancanza di una qualità.* II, 298.

Sic Bruxelles, 24 giugno 1882, *Belg. jud.*, 1882, 876; — Riom, 7 giugno 1876 e 2 agosto 1876, D. P., 1877, 2, 32; *J. Pal.*, 1877, 617; — DALLOZ, *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 43 e 44; — AUBRY e RAU, v. V, § 451, p. 8, nota 4.

Contra: HUC, v. II, n. 79.

V. *supra*, n. 355 e 359.

N. 3. DELLA VIOLENZA.

361. *La violenza è causa di nullità del matrimonio quando ostacola la libertà del consenso.* II 299-303.

Il giudice può sovranamente apprezzare, senza essere vincolato dagli articoli 1111-1114 del codice, se il consenso non fu libero.

Il ratto improprio (per seduzione) non è più una causa di nullità di matrimonio; il ratto violento è invece soggetto al diritto comune.

Sic. DALLOZ, *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 34 e seg.; — HUC, t. II, n. 68.

362. Uno degli sposi si trovava, al momento del matrimonio, in istato di demenza.

Il matrimonio, insegna il Laurent, sarà inesistente, perchè l'alienato è incapace di consentire, e senza consenso non vi è matrimonio (*supra*, n. 354).

Questa soluzione è troppo assoluta e non tien calcolo delle distinzioni imposte dalla natura delle cose. Essa si basa interamente sull'equiparazione completa del caso in cui il consenso è prestato da un alienato con quello in cui il consenso manca.

La legge non stabilisce siffatta equiparazione, la quale non corrisponde sempre alla realtà, perchè la demenza presenta gradazioni infinite: non può dunque essere ammessa come norma imprescindibile.

È vera se, al momento del matrimonio, uno degli sposi si trovava in tali condizioni da non poter rendersi conto dell'atto che compieva, come se ignorasse di trovarsi davanti all'ufficiale dello stato civile, o non comprendesse le domande che gli venivano indirizzate, ovvero non avesse coscienza delle proprie risposte.

In questa ipotesi, il consenso manca; la condizione è la stessa come se lo sposo non avesse risposto di sì, e, per conseguenza, il matrimonio è inesistente (*supra*, n. 354). Ma non è verosimile che un tal caso si presenti mai: se codesto stato del futuro coniuge è apparente, l'ufficiale non celebrerà il matrimonio: se non è apparente, sarà impossibile darne la prova.

In tutte le altre ipotesi, l'equiparazione sulla quale poggia l'opinione del Laurent è falsa e quindi sarà forza respingere la conclusione dell'illustre scrittore.

È provato che tanto prima quanto dopo il matrimonio lo sposo era alienato: queste circostanze della causa permettono legittimamente di concludere che, anche nel momento della celebrazione delle nozze, non godeva della pienezza delle proprie facoltà mentali, senza peraltro che si possa stabilire con precisione in qual grado fossero turbate. In questa ipotesi, il consenso prestato dal coniuge demente è reale; rendendosi conto in qualche modo dell'indole dell'atto che stava per compiere, ha dichiarato di consentire, precisamente come dichiara di consentire chi obbedisca ad un'ingiunzione. Non si può dunque, nella specie, trarre argomento da un'assenza totale di consenso per dedurne l'inesistenza del matrimonio.

Tuttavia il consenso prestato dal demente non è libero, poichè la libertà implica la piena coscienza: malato di mente, lo sposo ha subìto l'influenza delle cose e delle persone in modo ben diverso che se fosse stato del tutto *compos sui;* questa impressionabilità ha agito sulla sua volontà coartandola; perciò il matrimonio sarà nullo conformemente all'articolo 180.

La nostra soluzione concorda coi principî generali stabiliti dal codice in caso di alienazione mentale: la legge infatti non dichiara inesistente l'atto compiuto dall'interdetto dopo l'interdizione, ma lo considera solo come annullabile (*infra*, LAURENT, v. V, n. 305).

Non si può dire che questa interpretazione estenda abusivamente il significato delle parole « consenso libero » di cui all'articolo 180. I lavori preparatorî dimostrano, infatti, che l'espressione fu inserta nel codice per far risaltare che la mancanza di libertà morale dev'essere assolutamente equiparata al difetto di libertà fisica (Osservazioni del Tribunato).

Non crediamo di dovere, come fanno talvolta quelli che si occupano della quistione, discutere l'interpretazione dell'articolo 146 del codice. Anche supponendo che questa disposizione abbia lo scopo di dichiarare inesistente il matrimonio se manchi il consenso (*supra*, n. 354), non può influire sulla nostra tesi, poichè noi supponiamo che un consenso esista.

La giurisprudenza della Cassazione francese consacra la teoria che siamo venuti esponendo.

Sic Cass. fr., 9 novembre 1887 e specialmente le conclusioni dell'avvocato generale Desjardins, SIR. 1887, 1, 461; *J Pal.*, 1887, 1142; D. P., 1888, 1. 161; — Bordeaux, 25 giugno 1884, *J. Pal.*, 1884, 1, 1110; SIR., 1884, 2, 201; D. P., 1888, 1, 161.

Contra: Bastia, 8 febbraio 1888, *J. Pal.*, 1889, 963; SIR., 1889, 2, 177; — HUC, v. II n. 16.

Confr. Parigi, 20 marzo 1872, D. P., 1872, 2, 109; — AUBRY e RAU, v. V, § 451 *bis*, nota 3; — DALL., *Rép.*, *Supp.* v. *Mariage*, n. 231.

Sulla questione a chi spetti l'azione di nullità, *infra*, n. 448.

§ 3. DELLE PROMESSE DI MATRIMONIO.

363. *La promessa di matrimonio è nulla perchè turba quella libertà illimitata che gli sposi debbono avere allorquando stanno per passare a nozze. La violazione di tale promessa non può dar luogo a risarcimento di danni, nè all'applicazione di una clausola penale.* II 304-309.

In forza dell'articolo 1382, può peraltro essere accordata una indennità a compenso del danno materiale o morale, se la promessa non venne attesa senza giusti motivi.

Non possiamo aderire completamente alla soluzione qui sopra riferita.

Oggi nessuno contesta più che la promessa di matrimonio, essendo, come insegna il Laurent, contraria ai buoni costumi, sia colpita di nullità (art. 1131-1133). Essa non può quindi creare alcun vincolo fra le parti. Ciascuna conserva intera la libertà di non maritarsi e rimane precisamente come se non avesse mai neppur comunicato all'altra la sua intenzione di sposarla. Per conseguenza, e in contrasto con quanto sembra risultare dal testo, la parte che rinunzia al proprio progetto senza giusti motivi, non commette colpa di sorta: coll'esigere che debba avere qualche legittima ragione, si viene a dire ch'essa è obbligata, sebbene nessun obbligo si sia formato; che infrange un vincolo, mentre la cosa è impossibile non esistendo alcun vincolo legale. Questo rilievo è molto importante giacchè, appunto per non averne tenuto il conto che meritava, la giurisprudenza, pur riconoscendo la nullità della promessa di matrimonio, ha finito per consacrare la regola, contraddittoria a tal massima, che « l'inadempimento d'una promessa di matrimonio è di regola « una causa di risarcimento » (Parigi, 26 giugno 1894). Dunque, nessun vincolo fra le parti, nessuna rottura di questo che possa costituire la colpa preveduta dall'articolo 1382.

Non è già a concludere che questa disposizione sia inapplicabile, ma unicamente che l'applicazione della medesima deve farsi senza dimenticare che la promessa di matrimonio non ha creato un vincolo fra le parti.

Colla promessa di matrimonio, le parti si sono dette e hanno annunziato al pubblico che stavano per passare a nozze. L'una dichiara poi, senza alcun motivo, di abbandonare il suo progetto: ne ha il diritto, si può anzi dire che ne ha il dovere, se è dell'essenza di matrimonio, come crediamo noi, che l'unione sia desiderata dagli sposi al momento in cui viene contratta.

Chi agisce in tal guisa, non sarà mai passibile di un'azione di danni?

Egli ha creata una situazione di fatto; ha persuasa l'altra parte che l'avrebbe sposata; ha annunciata la cosa al pubblico: ha diritto, senza dubbio, di por fine a tale situazione di fatto, ma siccome questa è anche opera sua, sarà responsabile del

danno che ne sia derivato, qualora facendola sorgere, mantenendola o risolvendola abbia commessa una colpa.

L'apprezzamento è delicatissimo, perchè la promessa potè essere nient'altro che il risultato d'una suggestione o d'una passione abilmente provocata.

Tuttavia può darsi che responsabilità esista: così accadrebbe se la promessa fosse stata fatta col deliberato proposito di non attenderla; se la rottura avvenne in modo da offendere l'altra parte; se l'impegno fu assunto con tale leggerezza da doversi considerare come imprudente colui il quale, senza riflettere, ha creata la condizione di fatto che ne risultò.

La giurisprudenza, appunto perchè non tiene conto bastevole della circostanza che la rottura della promessa di matrimonio non è per sè medesima una colpa, ha esteso in modo esagerato la responsabilità di chi rinuncia al matrimonio. La Corte di Orléans si è spinta fino a decidere che colui il quale aveva goduto i favori di una donna in seguito alla promessa fattale di sposarla, era tenuto al risarcimento dei danni derivati dalla violazione della sua promessa, se la sua condotta era stata determinata unicamente dal desiderio di evitare gli atti rispettosi verso i genitori, che avevano fatto opposizione al matrimonio. Nella specie, la rottura della promessa non costituiva una colpa; poteva darsi tuttavia, e la Corte ebbe torto di non mettere in luce questo punto di fatto, che l'uomo avesse commessa una colpa riducendo la donna a prestarsi alle sue voglie; in ciò poteva consistere il quasi delitto, ma non già nella violazione d'una promessa nulla.

L'ammontare del risarcimento deve essere determinato unicamente secondo le conseguenze della colpa: se questa consiste nel modo ingiurioso della rottura, l'autore della medesima non dovrà indennizzo che pei danni risultanti dall'ingiuria, e non per quelli che abbiano potuto derivare dalla rottura, anche se abbia avuto luogo senza che sia stata commessa una colpa.

Sic trib. Gand, 20 gennaio 1897, *Flandre jud.*, 1897, p. 16, e la nota; — Liège, 13 maggio 1896, *Pasic.*, 1896, II, 372; — Bruxelles, 4 marzo 1896, *Pasic.*, 1896, II, 189; — Alger, 9 aprile 1895, D. P., 1895, 2, 320; — Huc, v. II, nn. 5 e s.

V. trib. Liège, 2 novembre 1895, *Pasic.*, 1896, III, 35; — Bruxelles, 13 marzo 1885, *Pasic.*, 1895, II, 239; — Gand, 5 febbraio 1895, *Pasic.*, 1895, II, 206; — Liège, 22 febbraio 1893 e 23 aprile 1894, *Pasic.*, 1895, II, 207; — trib. Bruxelles, 31 luglio 1893, *Pasic.*, 1894, III, 16; — Bruxelles, 16 gennaio 1889, SIR., 1889, 4, 24; *J. Pal.*, 1889, 2, 46; — Liège, 17 maggio 1888, *Pasic.*, 1889, II, 10; *J. Trib.*, 1888, 789; *Belg. jud.*, 1888, 1006; — Parigi, 26 giugno 1894, SIR. e *J. Pal.*, 1894, 2, 264; D. P., 1895, 2, 86; — Orléans, 12 gennaio 1893, SIR. e *J. Pal.*, 1893, 2, 267, e la nota; — Digione, 27 maggio 1892, SIR. e *J. Pal.*, 1892, 2, 197 e la nota; D. P., 1893, 2, 183; — Digione, 10 febbraio 1892, SIR. e *J. Pal.*, 1892, 2, 197; — Nimes, 17 maggio 1882, SIR., 1883, 2, 95; *J. Pal.*, 1883, 1, 565; — Cass. fr., 16 gennaio 1877, SIR., 1877, 1, 165; *J. Pal.*, 1887, 404; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, nn. 46 e s. — AUBRY e RAU, v. V, § 454, p. 33, nota 26.

II, 310 **364**A. *Chi intenta l'azione di danni deve provare, in conformità ai principi generali, la promessa di matrimonio; può dimostrare i fatti dannosi anche mediante testimoni.*

Non possiamo aderire a questa tesi.

Essa dimostra che, come abbiamo or ora osservato, il Laurent fonda, a torto, l'azione di danni sulla risoluzione della promessa di matrimonio della quale riconosce tuttavia la nullità.

L'azione di danni è basata, da un canto sulla circostanza che colui contro il quale viene promossa, ha creato fra sè e la parte attrice quella condizione di fatto che si verifica quando due persone si sono fidanzate; da un altro canto, su ciò che creando, mantenendo o facendo cessare la condizione medesima, ha commesso una colpa. Sono due fatti materiali, di cui il primo, per sè stesso, non produce diritti nè obbligazioni e che, per conseguenza, può essere provato mediante testimoni al pari del secondo.

Contra: Trib. Bruges, 18 maggio 1896, *Pasic.*, 1896, III, 229; — trib. Gand, 8 maggio 1895, *Pasic.*, 1896, III, 11; — Toulouse, 29 marzo 1889, *la Loi*, 2 agosto 1889; — HUC, v. II, n. 9.

Cfr: DALLOZ, *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 51.

II, 311 **364**B. Per applicazione del principio che il consenso al matrimonio dev'essere libero e che qualsiasi promessa è inesistente, fu deciso a ragione che i tribunali non hanno veste per dare atto a una parte che essa consente a sposar l'altra.

Pau, 30 maggio 1894, SIR., 1895, 2, 39.

Sezione III. — Del consenso degli ascendenti e della famiglia.

§ 1. Consenso degli ascendenti.

N. 1. In quali casi il consenso degli ascendenti è necessario per la validità del matrimonio.

365. *Il figlio che ha compiuto i venticinque anni, la figlia che ha compiuto i ventuno non possono maritarsi senza il consenso dei loro genitori* (art. 148); *dopo questa età debbono richiederne il consiglio.* II, 311.

Questa regola fu modificata nel Belgio colla legge del 30 aprile 1896. Oggi i figli, senza distinzione di sesso, possono contrarre matrimonio alla medesima età, indipendentemente dal consenso dei genitori; e l'età stabilita è quella degli anni 21.

Se il figlio o la figlia che hanno compiuto il ventunesimo anno non raggiungono ancora il ventesimoquinto, la legge introdusse una procedura nuova. Il padre o in sua mancanza la madre possono, di fronte all'atto rispettoso, ricorrere al tribunale, che decide se si debba far luogo al matrimonio o sia caso di ordinare la sospensiva (v. *infra*, n. 387 e sgg.).

366. *In caso di dissentimento, basta il consenso del padre* (art. 149). *La prova del rifiuto di consenso da parte della madre deve risultare dalla dichiarazione di costei fatta per atto autentico o dinnanzi all'ufficiale dello stato civile al momento del matrimonio; se la madre rifiuta di far risultare del suo dissenso, è forza ricorrere a un atto uscerile. L'ufficiale dello stato civile che procedesse alla celebrazione del matrimonio, senza che sia fornita la prova d'essersi richiesto il consenso della madre, incorrerebbe nella pena stabilita dall'articolo 264 del codice penale belga.* II, 312.

Modificazioni apportate nel Belgio (V. *infra,* n. 367).
Modificazioni apportate in Francia (V. *infra,* n. 368 sgg.).

367. *Belgio.* — Sotto l'impero del codice civile era controverso in qual modo si dovesse fornire la prova che il consenso della madre era stato richiesto e negato.

Le questione fu risoluta dalla legge del 30 aprile 1896 che ebbe lo scopo di facilitare i matrimonî.

A termini del nuovo art. 148, il « dissenso può risultare da « atto notarile, da dichiarazione d'usciere, da un processo ver- « bale eretto dall'ufficiale dello stato civile o da una *lettera di* « *rifiuto* indirizzata a quest'ultimo dalla madre ».

L'autore del progetto di legge aveva espresso il parere che il dissenso potesse comprovarsi mediante una scrittura di qualsivoglia specie. Ma diversamente opinò la commissione, la quale propose, secondo è dichiarato nella relazione fatta a di lei nome « di sostituire alla formola enunciativa del progetto di « legge il testo limitativo » che passò nella legge senza serie modificazioni.

La legge deve dunque essere interpretata ristrettivamente.

Essa non dice qual sia l'ufficiale dello stato civile competente. La relazione della commissione recita: « La madre potrà « dunque manifestare il proprio dissenso, comparendo dinnanzi « a un notaio o all'ufficiale dello stato civile del suo domicilio « o della sua residenza ». Di fronte al silenzio della legge, non si può da questa semplice dichiarazione concludere che la competenza di cui ci occupiamo risieda unicamente nell'ufficiale dello stato civile del domicilio o della residenza. Pertanto l'ufficiale dello civile dinnanzi al quale vien celebrato il matrimonio non potrà rifiutarsi di ricevere la dichiarazione della madre; e se un diverso ufficiale dello stato civile credette di poter redigere processo verbale del dissenso materno, o la madre glielo partecipò mediante uno scritto di non dubbia autenticità, sarà lecito procedere alla celebrazione del matrimonio.

Le stesse formalità dovranno essere adempiute nel caso in cui la madre risieda all'estero: le funzioni conferite dall'articolo 148 (nuovo) agli ufficiali dello stato civile verranno esercitate dagli agenti diplomatici, consoli e vice consoli del Belgio (articolo 155 *bis* nuovo, legge 30 aprile 1896).

V. in *Pasinomie*, 1896; p. 129 sgg., i lavori preparatorii della legge belga del 30 aprile 1896.

368 *Francia.* — La legge francese del 20-24 giugno 1896 ha modificato, pel caso di divorzio o di separazione personale, il principio stabilito dall'articolo 149, a sensi del quale, in caso di dissenso, basta il consenso del padre (*supra,* n. 366).

Ispirandosi al concetto essere equo far prevalere la volontà di quello dei coniugi, il quale, avendo ottenuto il divorzio o la separazione, ha la cura del figlio, il nuovo articolo 152 (art. 3 della legge) dispone: « In caso di dissenso fra i genitori di-« vorziati o separati personalmente, basterà l'adesione di quello « fra i coniugi a cui favore sia stato pronunziato il divorzio o « la separazione e che abbia ottenuta la cura del figlio ».

Per derogare all'articolo 149 sono dunque richieste due condizioni: che la madre abbia ottenuto il divorzio o la separazione personale, e che le sia stata inoltre affidata la cura del figlio. Ne consegue che se la separazione o il divorzio furono pronunziati contro entrambi i coniugi, rimane applicabile l'art. 149, come ebbe d'altronde a dichiarare espressamente lo stesso relatore, all'epoca della discussione della legge.

Se la madre che ottenne il divorzio o la separazione personale non ha la cura del figlio (art. 302), basterà il consenso del padre. Non si potrebbe ammettere il contrario senza violare la lettera della nuova disposizione ed estenderla in opposizione coi motivi che la suggerirono: « Quello dei coniugi che allevò « il figliuolo o visse sempre con lui, e per conseguenza lo co-« nosce meglio, ha maggior competenza dell'altro per apprez-« zare l'insieme delle condizioni necessarie al raggiungimento « della di lui felicità » (Relazione Ratier al Senato, D. P., 1896, 4, 60, nota 1).

369. La Legge francese dei 20-24 giugno 1896 non ha, come la legge belga del 30 aprile 1896, stabilito in qual modo debba essere fornita la prova che fu richiesto il consenso della madre.

Il codice è muto al riguardo.

A sensi dell'articolo 73, il consenso dei genitori deve risultare da un atto autentico. È logico che si applichi la stessa regola al rifiuto di consentire; un atto autentico è dunque necessario, ma non importa se sia opera del notaio, dell'ufficiale dello stato civile o dell'usciere.

Questa regola è applicabile naturalmente anche all'assenso del padre, nell'ipotesi preveduta dall'articolo 152 (nuovo).

Cir. trib. Senna, 6 luglio 1876, D. P., 1877, 3, 92; — Huc, v. II, n. 34, — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*. n. 54.

II 313-314. **370.** *Se uno dei genitori è morto o impossibilitato a manifestare la propria volontà, per esempio in causa d'assenza o d'alienazione mentale, basta il consenso dell'altro* (art. 149). *L'alienato di mente, interdetto o no, è capace a consentire in un momento di lucido intervallo.*

Può consentire chi si trova colpito da interdizione legale.

L'articolo 149 non è applicabile quando il genitore non presente si trova in viaggio per lontane regioni, anche se non potesse trasmettere il proprio consenso.

Legislazione belga (V. nn. 371 sgg.).
Legislazione francese (V. n. 373).

371A. *Belgio.* — Le quistioni di cui al numero precedente vennero in parte risolte dalla legge belga del 30 aprile 1896.

Secondo gli autori della legge, per dissipare il dubblio che esisteva intorno all'applicabilità dell'articolo 149 al caso di assenza, questa ipotesi venne espressamente preveduta.

Il nuovo testo dispone: « Se il padre o la madre è morto o « versa nell'impossibilità di manifestare il voler suo, ovvero è « assente, basta il consenso dell'altro ».

L'impossibilità di manifestare la propria volontà « può, se- « condo la legge nuova (art. 149, § 2), risultare da una dichia- « razione emessa dal futuro sposo il cui ascendente è incapace « e da quattro testimoni dell'uno o dell'altro sesso, maggiori « di età, nelle condizioni determinate dai due ultimi alinea del- « l'articolo 155 ».

Spetta dunque d'ora in poi all'interessato decidere sovranamente, purchè trovi quattro persone del suo parere, se il padre o la madre di lui versano nell'impossibilità di manifestare la loro intenzione: dato che agisca in buona fede, la prova è fornita; nessuno può contraddirvi e il matrimonio è valido. Questo sistema abbastanza strano ha per risultato, ed è appunto lo

scopo che si volle ottenere, di sopprimere tutte le controversie che si agitavano un tempo, ogni difficoltà potendosi risolvere secondo l'apprezzamento personale dell'interessato.

Che tale sia l'economia della legge, risulta chiaramente dai lavori preparatorì dell'articolo 149, § 2 (nuovo): « O ancora, « esiste l'impossibilità da parte dei genitori di manifestare la « loro volontà, impossibilità la quale può risultare da un viaggio « lontano o da uno stato fisico o mentale.... Il padre di una « fanciulla che desiderava passare a nozze viaggiava per lontane « regioni, ma ne era pienamente certa l'esistenza.... Ventitrè « anni più tardi, il matrimonio fu annullato per mancanza del « consenso paterno. E il Laurent, sull'orme del Demolombe, ap- « prova i motivi dell'annullamento dicendo che non vi era stata « impossibilità di esprimere, ma solo di trasmettere il consenso. « Molti non ravviseranno in questo ragionamento che un giuoco « di parole e in tutti i casi un pericolo che bisogna evitare « per l'avvenire...

« Attualmente, non si sa troppo bene a qual mezzo di prova « ricorrere e accade assai spesso d'incontrare la resistenza « dell'ufficiale dello stato civile, preoccupato, a buon diritto, « della sua eventuale responsabilità.... Poichè siamo sull'argo- « mento, io vorrei che il progetto determinasse l'autorità cui « spetti decidere se l'impossibilità esiste, oppur no. Ma, di « grazia, non si indichi il tribunale... Mi pare che vi sia una « soluzione assai più semplice, la quale toglierebbe ogni ma- « linteso. Basterebbe aggiungere all'articolo 4 (149 nuovo) un « paragrafo che dicesse: " L'impossibilità di manifestare la « sua volontà potrà, all'uopo, essere comprovata mediante un « atto notorio, da esigersi conformemente all'articolo 155 del « codice civile „. Un tale atto, ricevuto dal giudice di pace, « presenta le maggiori garanzie. Ritengo che in questo modo « si eviteranno molte difficoltà ». (Discorso di Rosseeuw).

Accettando l'emendamento, il Woeste, autore della proposta di legge, dichiarava: « Autorizzando questo atto (di notorietà), « la legge preverrà una controversia e offrirà insieme agli in- « teressati un mezzo comodo per dimostrare l'impossibilità nei « loro genitori di manifestare le loro intenzioni ».

V. *Ann. parl.*, Camera dei rappresentanti, 1895-1896, p. 920, 926.

371 B. *Belgio.* — La legge del 30 aprile 1896 (come fu espressamente fatto notare nella relazione senatoria) non volle escludere alcuno dei mezzi di prova efficaci a dimostrare la impossibilità in cui altri versa di manifestare il proprio volere, limitandosi a introdurne uno nuovo, che, dice il relatore, non potrà in verun caso essere rifiutato.

371 C. *Belgio.* — Come abbiamo veduto, la legge del 30 aprile 1896 permette al futuro sposo di apprezzare sovranamente se l'ascendente di cui occorre il consenso si trova nell'impossibilità di manifestarlo. Ora non vi ha dubbio che se l'ascendente è morto, versa in questa condizione. Da ciò resulta che la produzione dell'atto di morte può essere sostituita dalla dichiarazione prevista dall' articolo 149, § 2 nuovo (*infra,* n. 376 B e 384).

372. *Belgio.* — La legge del 30 aprile 1896 ha stabilito, per la prova dell'assenza, regole analoghe a quelle che determinano il modo in cui deve essere dimostrata l'impossibilità, da parte dell'ascendente, di manifestare il voler suo. « L'assenza dell'a-
« scendente del quale occorre il consenso o il consiglio si prova
« mediante produzione della sentenza che l'abbia dichiarata, o,
« in difetto, di quella che abbia ordinato l'inchiesta. Se non
« sia ancora intervenuta nè l' una, nè l' altra, si supplirà me-
« diante una dichiarazione giurata del futuro sposo il cui ascen-
« dente trovasi assente e di quattro testimoni maggiorenni
« dell'uno o dell'altro sesso. Questa dichiarazione attesterà che
« la dimora dell'ascendente è ignota e che esso, da più di sei
« mesi, non ha dato notizia di sè. Potrà essere fatta al mo-
« mento della celebrazione del matrimonio dinnanzi all'ufficiale
« dello stato civile, il quale ne farà menzione nell' atto.

« Questa dichiarazione potrà altresì essere ricevuta prima,
« dall'ufficiale dello stato civile di domicilio o della residenza
« di uno degli sposi o di uno dei testimoni. Potrà essere fatta
« simultaneamente dal futuro coniuge e dai testimoni o sepa-
« ratamente da ciascuno d'essi. L'ufficiale dello stato civile eri-
« gerà processo verbale della prestazione del giuramento e della
« affermazione, tanto del futuro sposo, quanto dei testimonî »
(art. 155, alinea penultimo e ultimo).

Come risulta dal tenor letterale e dai lavori preparatorî di questa disposizione, essa si applica, qualunque sia l'ascendente assente o l'età del futuro sposo.

Le facoltà accordate dall'articolo 155 agli ufficiali dello stato civile vengono esercitate, all'estero, dagli agenti diplomatici, consoli e vice consoli del Belgio (art. 155 *bis*, nuovo).

378. *Francia.* — Vigono ancora le disposizioni del codice Napoleone e quindi permane la controversia esaminata dal Laurent (*supra*, n. 370).

Non possiamo accogliere la soluzione proposta dall' illustre giureconsulto.

Se, per non produrre l'atto di consenso di uno dei genitori, lo si dichiara assente, bisogna necessariamente, poichè l'assenza è uno stato legale, produrre la decisione giudiziale che ne riconosce l'esistenza.

Se, all'opposto, si invoca soltanto l'impossibilità pel genitore di manifestare la sua volontà, si è dinnanzi a una questione di fatto, e spetta all'ufficiale dello stato civile di deciderla sotto la propria responsabilità. Quando gli rimanga un dubbio, potrà pretendere una sentenza giudiziale; se incertezza non esiste, sia perchè i certificati medici prodotti sono attendibili ed espliciti, sia perchè l' ascendente è comparso e l'istesso ufficiale dello stato civile ne constatò lo stato di mente, si potrà passare alla celebrazione del matrimonio.

Se entrambi i genitori viaggiano in lontane regioni e non hanno modo di far conoscere la loro volontà, versano nell' impossibilità di manifestarla all' ufficiale dello stato civile: sarà dunque applicabile l' articolo 149. Questa ipotesi si verificherà assai di rado, poichè l'attuale articolo 73 (legge del 20-24 giugno 1896) attribuisce agli agenti diplomatici o consolari francesi la competenza di erigere atti di consenso, nel che è implicita quella di ricevere atti di rifiuto a consentire.

Il nuovo articolo 153 (legge del 20-24 giugno 1896) equipara all'ascendente impossibilitato a manifestare la propria volontà l'ascendente che sconta la pena della relegazione o è confinato nelle colonie conformemente all'articolo 6 della legge 30 maggio 1854, relativo all' esecuzione della condanna ai lavori for-

zati. Questa disposizione riserva tuttavia ai futuri coniugi il diritto di sollecitare e di presentare all'ufficiale dello stato civile il consenso dell'ascendente medesimo.

V. Pau, 15 dicembre 1872, *J. Pal.*, 1874, 1284, D. P., 1874, 2, 134; — Huc, v. II, n. 36 e seg.; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 56 e seg.

Riguardo all'interdetto giudizialmente, v. *infra*, il commento al titolo *Dell'interdizione*.

II, 315. **874.** *Il genitore superstite che non sia tutore o che passi a seconde nozze conserva tuttavia il diritto di consentire al matrimonio del figlio.*

II 316-317. **875** A. *Quando entrambi i genitori siano morti o impossibilitati a manifestare la loro volontà, vengono sostituiti dagli ascendenti più prossimi in ciascuna linea: nel caso di dissenso fra l'avo e l'ava della medesima linea, basta il consenso dell'avo; il dissenso fra le due linee equivale a consenso* (art. 150).

La legge belga del 30 aprile 1896 ha portato all'articolo 150 una modificazione analoga a quella di cui fu oggetto l'articolo 149: il nuovo testo prevede espressamente il caso, implicito nel testo precedente, dell'assenza di entrambi i genitori; stabilisce inoltre, regola questa che doveva essere seguita anche anteriormente, che il dissenso sarà constatato in conformità alle norme seguite per provare il dissenso previsto dall'articolo 148 (*supra*, n. 367).

In Francia — ed anche nel Belgio, almeno secondo una certa giurisprudenza — i genitori possono essere privati della patria potestà.

Chi avrà veste, in tal caso, per consentire al matrimonio? In Francia la questione è risoluta dall' articolo 14 della legge 24 luglio 1889: « In caso di decadenza della patria potestà, i di- « ritti del padre, e in sua mancanza i diritti della madre, per « quanto riflette il consenso al matrimonio... sono esercitati da « quelle stesse persone che interverrebbero qualora entrambi i « genitori fossero morti, salvo le ipotesi per le quali la presente « legge non disponga in modo diverso ».

Gli effetti della decadenza della patria potestà, tanto in Francia quanto nel Belgio, verranno esaminati nel titolo *Della patria potestà*.

Conforme al testo, DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 63; — HUC, v. II, n. 39. In caso di dissenso fra le due linee, *sic* Parigi, 1 febbraio 1894, D. P., 1894, 2, 456.

375 B. *Il Consiglio di Stato, con suo parere del 4 termidoro anno XIII ha concesso, in taluni casi, di provare la morte dei genitori o degli ascendenti in altro modo che non sia la produzione dei rispettivi atti di morte. Questa decisione si applicherà anche al matrimonio dei minori e sembra permettere la prova della morte del padre o della madre colla dichiarazione del superstite.* II, 318.

Il parere del Consiglio di Stato del 4 termidoro anno XIII è espressamente abrogato nel Belgio in forza dell'articolo 9 della legge 30 aprile 1896 (*infra*, n. 376 e seg.), implicitamente in Francia della legge 20-24 giugno 1896 (*infra*, n. 377).

376 A. *Belgio.* — Quel parere aveva sollevate numerose difficoltà. In causa del modo in cui era compilato, si discuteva se fosse applicabile al matrimonio dei minori e se si potesse invocarlo per sostituire la produzione dell'atto di morte di uno dei genitori coll'attestazione del superstite.

Nel Belgio la questione fu decisa, affermativamente, colla legge 30 aprile 1896. Dispone il § 1 dell'articolo 155 (nuovo): « Non « è necessario produrre l'atto di morte di uno dei genitori o « quelli di entrambi, quando, nel primo caso, il superstite, e, « nel secondo, l'avo e l'ava attestino della morte stessa. Queste « attestazioni dovranno essere menzionate, così nell'atto di « consenso del padre, della madre o degli avi, come nell'atto « di matrimonio ».

Sebbene questa disposizione, pel posto che occupa nel codice, possa sembrare relativa soltanto in casi in cui il matrimonio può aver luogo a seguito dell'atto rispettoso, deve essere, in conformità al suo testo, interpretata in senso assolutamente generale ed applicata si tratti di un minorenne o di un maggiore d'età. Ciò risulta chiaramente dai lavori preparatorî (Svolgimento del progetto di legge presentato dal Woeste, seduta della Camera del 28 novembre 1895).

376 B. *Belgio.* — Il nuovo articolo 155 non menziona che gli atti di morte dei genitori; nulla dice riguardo a quelli degli

altri ascendenti. Se ne dovrà concludere che questi atti debbano sempre essere prodotti?

Il parere del Consiglio di Stato del 4 termidoro, anno XIII, dispensava dal produrli i maggiori di età i quali dichiarassero con giuramento di ignorare il luogo della morte e quello dell'ultimo domicilio dei loro ascendenti; taluni scrittori ammettevano col Laurent che la disposizione potesse estendersi anche al matrimonio dei minori.

La nuova legge abrogò quel parere. Non furono espressi i motivi della deroga; ma dall'insieme dei lavori preparatorî, risulta chiaramente che il legislatore del 1896 volle semplificare le formalità del matrimonio e interpretare in questo senso il parere del Consiglio di Stato del 4 termidoro anno XIII; se pensatamente abrogò quella decisione fu perchè ritenne di aver riprodotto nella legge nuova tutte le disposizioni della medesima. Esigendo la produzione di documenti che non erano necessarî prima della legge nuova, si andrebbe dunque contro la volontà degli autori di essa.

Allorchè l'ascendente è morto, trovano applicazione le norme relative al caso in cui l'ascendente è impossibilitato a manifestare la propria volontà. Infatti, il futuro sposo il quale dichiara di non poter produrre il consenso di un ascendente perchè defunto, afferma che il medesimo versa nell' impossibilità di manifestare il voler suo, ed è perciò naturale che si applichino le norme che governano questa ipotesi (*supra*, n. 371 c: *infra*, n. 384).

377. *Francia*. — La legge francese dei 20-24 giugno 1896 aggiunse all'articolo 155 del codice il testo, lievemente modificato, del parere del Consiglio di Stato del 4 termidoro anno XIII, cui non sembra fosse attribuito, in Francia, carattere obbligatorio e che in ogni modo non era seguíto dagli ufficiali dello stato civile (Relazione Rathier al Senato).

L' articolo 155 contempla solo l' assenza dell' ascendente cui avrebbe dovuto farsi un atto rispettoso; non regola quindi se non i matrimoni di coloro i quali, rispetto al medesimo, hanno raggiunta la maggiorità. Collo scegliere questa disposizione per inserirvi il parere del Consiglio di Stato, sembra dunque che

il legislatore abbia ritenuto che il parere stesso fosse applicabile soltanto ai matrimonî delle persone maggiorenni quanto alla capacità nuziale.

Questa interpretazione trova conferma nei lavori preparatorî In seguito all'adozione di un emendamento che aboliva l'obbligo dell'atto rispettoso verso gli ascendenti diversi dai genitori, nel § 2 del testo del parere fu soppressa la menzione degli avi; respinto l'emendamento dal Senato, alle parole « padre o madre » venne sostituito il vocabolo « ascendente ». Queste modificazioni dimostrano come si considerasse la disposizione applicabile soltanto al matrimonio che poteva farsi sopra atto rispettoso, vale a dire a quello dei maggiorenni quanto alla capacità nuziale.

D'altro lato, essendosi conservata la redazione del parere del Consiglio di Stato, bisogna concluderne che debba essere seguíta alla lettera; per conseguenza, trattandosi del matrimonio di persone minorenni quanto alla capacità nuziale, l'attestazione della morte fatta dal superstite non supplirà alla produzione dell'atto di morte.

N. 2. In qual modo debba essere prestato il consenso.

378. *Il consenso deve essere prestato sia davanti all'ufficiale dello stato civile, sia per atto autentico; in quest' ultimo caso si considera come non avvenuto, se chi lo prestò divenne, prima del matrimonio, incapace di consentire. L'atto di consenso deve contenere il nome dei futuri sposi* (art. 73 del cod. civ.). II, 319-321.

Il codice civile non designa il funzionario cui spetti erigere l'atto autentico di consenso al matrimonio; donde si è concluso che dovesse necessariamente ricorresi a un atto notarile.

Leggi recenti hanno modificata questa regola nel Belgio (*infra*, n. 379) e in Francia (*infra*, n. 380).

379. *Belgio.* — Allo scopo di facilitare il matrimonio degli indigenti, rendendo loro più agevole l'espletamento delle formalità necessarie per la celebrazione del matrimonio, l' articolo 4 della legge 16 agosto 1887, interpretata coll'articolo 9 di quella

del 26 dicembre 1891, permise, trattandosi di persone povere, che l'atto di consenso sia ricevuto da un notaio o dall'ufficiale dello stato civile del luogo di residenza o di domicilio dell' ascendente. Se questi si trova all'estero, l' atto può essere ricevuto dalle autorità locali aventi competenza a ciò, dagli agenti diplomatici, consoli e viceconsoli del Belgio.

Non è richiesta veruna formalità. Non occorre quindi che l'ufficiale dello stato civile sia assistito da testimoni, ed esso è competente anche quando l'ascendente risieda solo momentaneamente nel comune. Questo punto fu in modo espresso stabilito nel corso dei lavori preparatori.

Dice la nuova disposizione « che l'atto di consenso prescritto « dall' articolo 73 del codice civile potrà essere ricevuto dal- « l'ufficiale dello stato civile del luogo in cui l' ascendente ha « domicilio o residenza ». Sebbene l'articolo 73 menzioni altresì l'atto di consenso della famiglia, la legge, nuova non si applica che al consenso d'un ascendente ed è estranea all'atto di consenso che, nel caso dell' articolo 160, deve essere prestato dal consiglio di famiglia. La legge, infatti, non si limita a dichiarare competente « l' ufficialo dello stato civile del domicilio o « della residenza dell'ascendente », e ha per unico scopo, come provano le discussioni, di permettere ai poveri di rivolgersi a un ufficiale dello stato civile anzichè dover ricorrere, come gli abbienti, a un notaio.

380. *Francia.* — La legge francese del 20-24 giugno 1896 ha introdotta una regola analoga a quella stabilita nel Belgio dalla legge del 16 agosto 1887, estendendola però anche ai non indigenti.

All'art. 73 fu aggiunto un nuovo paragrafo:

« Fuori del caso preveduto dall'articolo 160, l'atto di consenso « potrà essere prestato, sia dinnanzi a notaio, sia avanti l' ufficiale dello stato civile del domicilio dell'ascendente, e, all'estero, « dinnanzi gli agenti diplomatici o consolari francesi ».

Questo testo non si occupa, al pari di quello della legge belga del 16 agosto 1887,ch e dell'ufficiale dello stato civile del domicilio dell' ascendente. Tuttavia lo si deve interpretare nel senso in cui la legge 30 dicembre 1891 interpretò, nel Belgio, la legge

16 agosto 1887. La parola « domicilio » deve essere intesa nella sua più ampia accezione, e designa tanto il domicilio propriamente detto, quanto la residenza. Dai lavori preparatorî risulta infatti che il legislatore francese volle introdurre in Francia la regola consacrata dalla legge belga, e intese permettere all'ascendente di far risultare il proprio consenso senza abbandonare il comune in cui dimora. « L'emendamento del signor « Emilio Chevallier si riferisce all'articolo 73 sulle forme del « consenso: il suo autore ci propone la modificazione che esiste « già nel Belgio dopo la legge del 1887, ma l'applica a tutti i « cittadini, ricchi o poveri... I genitori non dimorano sempre « in un comune dove esista uno studio notarile; perciò sono « obbligati... a trasferirsi altrove con perdita di danaro e di « tempo.... Per evitare tutto ciò, il signor Emilio Chevallier propone che, in concorso dei notai, i sindaci possano... rice« vere questi atti di consenso ». (Relazione Bertrand alla Camera dei deputati).

381. *Se l'ascendente di cui è richiesto il consenso, lo ricusa, non è dato alcun ricorso ai tribunali.* II, 322.

Questa regola venne, in certa misura, modificata dalla legge belga del 30 aprile 1896 (V. *infra*, n. 387 segg.).

La modificò pure in Francia l'articolo 17 della legge del 24 luglio 1889.

Per effetto di quest'ultima disposizione i tribunali possono in casi determinati, delegare alla pubblica assistenza i diritti di patria potestà abbandonati dai genitori; suppone che costoro, i diritti dei quali vennero per tal guisa delegati, abbiano conservato il diritto di consentire al matrimonio dei figli; in tale ipotesi, se i genitori rifiutano di consentire, la pubblica assistenza può farli citare innanzi al tribunale, che accorda o nega il consenso al matrimonio, uditi o debitamente chiamati i genitori, in camera di consiglio. L'articolo 18 della legge stabilisce la procedura relativa.

§ 2. Del consiglio degli ascendenti.

N. 1. Degli atti rispettosi.

II 323-327. **382.** *Il figlio che ha compiuto gli anni 25, la figlia che ha compiuti i 21, possono contrarre matrimonio contro la volontà degli ascendenti il cui consenso era necessario sino allora, purchè ne abbiano chiesto il consiglio mediante un atto, detto* atto rispettoso, *e che deve essere notificato per mezzo di un notaio* (art. 151 a 155, parere del Consiglio di Stato del 4 termidoro anno XIII). *In caso di rifiuto del padre, l'atto rispettoso dev'essere notificato a entrambi i genitori.*

Le disposizioni su questa materia vennero modificate nel Belgio (*infra*, n. 383 segg.) e in Francia (n. 392).

383. Nel Belgio, i figli e le figlie che hanno compiuto il ventunesimo anno e i cui genitori sono morti o impossibilitati a manifestare la loro volontà, possono maritarsi senza il consiglio di chicchessia (art. 148, 151 nuovo, legge 30 aprile 1896).

L'impossibilità da parte dei genitori di manifestare l'animo loro, si prova in conformità all'articolo 149 (art. 151, e *supra*, n. 371 A).

Per stabilire la circostanza della morte, « non occorre, a « sensi del nuovo articolo 155, produrre, sia l'atto di morte del « padre o della madre, sia gli atti di morte di entrambi i ge- « nitori, quando, nel primo caso, la madre o il padre e, nel « secondo, l'avo e l'ava ne facciano espressa dichiarazione. Tale « attestazione deve essere menzionata, così nell'atto di consenso « del padre, della madre o degli avi, come nell'atto di matri- « monio ».

Questa disposizione non è in tutto applicabile: per vero, l'attestazione degli avi non può essere contenuta in un atto di consenso, non essendo necessario alcun consenso da parte loro; essa sarà valida se fatta in un atto solenne di forma identica a quella che deve avere l'atto di consenso, quando è necessario.

384. *Legislazione belga.* — La madre è presente; il figlio sostiene che il padre è morto e che, per conseguenza, basta

che egli rivolga l'atto rispettoso alla madre; ma non può produrre l'atto di morte del padre, e la madre ricusa di attestare la morte, sia perchè ritiene che il marito vive ancora, sia perchè vuole ostacolare il matrimonio. Così pure, il figlio pretende che entrambi i genitori sono morti e che non ha bisogno di fare atti rispettosi per maritarsi; ma non può produrre gli atti di morte e gli avi si rifiutano di attestare la morte per gli stessi motivi di che all'ipotesi precedente.

Non si può ricorrere alla procedura istituita dal Consiglio di Stato col suo parere del 4 termidoro anno XIII perchè il medesimo è abrogato (art. 9 della legge 30 aprile 1896).

Come abbiamo veduto, il legislatore del 1896 lasciò all'interessato di decidere se l'ascendente del quale deve richiedersi il consenso, versa o meno nell'impossibilità di consentire (*supra*, n. 371 A). Ora, chi sostiene che i suoi genitori non possono consentire perchè defunti, afferma in realtà che si trovano in un caso d'impossibilità di prestare consenso; gli deve quindi esser lecito di stabilire la morte nella stessa maniera (art. 149; cfr. *supra*, n. 371 C e 376 A).

Si dirà che questa interpretazione è inammessibile, perchè toglie ogni valore alle disposizioni della legge relative alla prova della morte e stabilisce una identità che il legislatore non ha sancito per il caso della morte e quello della impossibilità di manifestare il consenso.

Questa obbiezione potrebbe avere valore se la legge del 30 aprile 1896 si fosse prefissa il raggiungimento di certi principî teorici che l'avrebbero ispirata. Niente di tutto ciò: semplice legge di circostanza, che mirò unicamente a togliere certi inconvenienti verificatisi nella pratica, essa è guidata dal solo concetto di rendere più agevoli le formalità da adempirsi in occasione del matrimonio.

La storia della nuova disposizione dimostra il fondamento della interpretazione nostra. Il codice civile statuiva (art. 149) che se uno dei genitori è morto o impossibilitato a manifestare la propria volontà, basta il consenso dell'altro; non diceva però in qual modo dovesse somministrarsi la prova, sia della morte, sia dell'impossibilità di consentire. Intervenne allora il parere del 4 termidoro anno XIII che, senza aver lo scopo di vietare

alcun mezzo probatorio, precisava come la prova della morte potesse darsi diversamente dalla produzione dell'atto relativo e come potesse stabilirsi l'assènza; ma non parlava dell'impossibilità di manifestare il consenso: prevedeva soltanto due casi di questa impossibilità, l'assenza e la morte di tutti gli ascendenti, applicando ad entrambi la medesima regola. Seguì da ultimo la legge del 30 aprile 1896. Proposta allo scopo di far cessare le controversie intorno all'interpretazione del parere del 4 termidoro anno XIII, essa mira a risolverle in guisa da facilitare quanto più possibile le formalità del matrimonio. Il progetto non contemplava che i due casi d'impossibilità di manifestare la volontà sui quali aveva statuito il parere del 4 termidoro; nel corso della discussione, venne proposto un emendamento che aveva portata più estesa, poichè regolava, non solo la prova di quei due casi speciali, ma, in modo generico, la prova dell'impossibilità di manifestare la volontà, e aveva per oggetto di « prevenire ogni futura difficoltà » (*supra*, n. 371 A): questo emendamento divenne l'articolo 149, § 2. Ad onta di ciò, fu lasciata sussistere la disposizione del progetto relativa a due speciali casi d'impossibilità sui quali già aveva statuito il parere del 4 termidoro, sebbene l'emendamento la rendesse inutile, senza essere tuttavia in contraddizione con quella. Evidentemente tale circostanza non ha per effetto di limitare la portata della nuova regola e di escludere dall'applicazione della medesima appunto i casi in cui l'impossibilità di manifestare la volontà è più certa: la morte e l'assenza.

È vero che l'autore dell'emendamento non parlò in modo speciale della morte o dell'assenza, ma volle, il che rende necessaria l'adozione della nostra tesi, impedire che pel tratto successivo l'impotenza a fornir le prove dell'impossibilità di consentire, da parte dei genitori, costituisca ancora un ostacolo al matrimonio.

385. *Legislazione belga.* — I figli e le figlie dell'età di 21 anni quando esiste il padre o la madre e questi non versino nell'impossibilità di manifestare il loro consenso, hanno l'obbligo di chieder loro consiglio mediante un atto rispettoso e formale (art. 151 nuovo).

Allorchè il futuro sposo è povero, non si richiede l'atto rispettoso se il padre o la madre, cui deve domandarsi consiglio, non abbia dimora conosciuta nel Belgio; in questa ipotesi debbono adempiersi particolari formalità (art. 153 nuovo, *infra*, n. 386).

In mancanza del consiglio dietro l'atto rispettoso, trascorso un mese, può procedersi alla celebrazione del matrimonio (art. 152 nuovo). A questa regola è fatta però eccezione nel caso in cui il futuro sposo non abbia compiuti i 25 anni (*infra*, n. 387 segg.).

L'atto rispettoso deve, per regola, notificarsi, come già disponeva il codice civile, col mezzo di uno o due notai (art. 154). Se il futuro sposo è indigente, può far redigere l'atto dall'ufficiale dello stato civile del suo domicilio o della sua residenza (V. *infra*, n. 394).

386. *Legislazione belga.* — Come abbiamo veduto, non si richiede l'atto rispettoso quando il futuro sposo è povero e il padre o la madre cui deve domandarsi consiglio non abbiano dimora conosciuta nel Belgio. « Questa circostanza verrà attestata « con giuramento dal futuro sposo il cui ascendente non ha « dimora conosciuta nel Belgio e da quattro testimoni maggio- « renni dell'uno o dell'altro sesso ».

« Questa attestazione sarà ricevuta dall'ufficiale dello stato « civile del luogo in cui uno dei futuri coniugi o dei testimonî « hanno domicilio o residenza. Potrà essere fatta simultanea- « mente dal futuro sposo e dai testimonî o separatamente da « ciascuno.

« L'ufficiale dello stato civile erigerà processo verbale della « prestazione del giuramento e della dichiarazione tanto del « futuro sposo, quanto dei testimonî.

« Copia del processo verbale sarà trasmessa, entro tre giorni, « al procuratore del re. Il matrimonio non potrà essere celebrato « prima d'un mese dall'ultima attestazione » (art. 153 nuovo).

387. *Legislazione belga.* — I maggiori degli anni 21, che non compirono ancora i 25, non hanno la piena libertà di contrarre matrimonio dopo la notifica d'un atto rispettoso. Infatti, il padre,

o, in sua mancanza, la madre, hanno diritto, entro quindici giorni dalla notifica, di provvedersi con ricorso al tribunale, e questo potrà ordinare la sospensione del matrimonio (art. 152 nuovo, *infra,* nn. 388 e 389).

Questa nuova regola venne introdotta colla legge del 30 aprile 1896.

L'originario progetto stabiliva la maggiore età pel matrimonio a 21 anni, ma trovò alquanta opposizione; per il che fu votata, quasi a titolo di transazione, la norma di cui ci occupiamo.

Qual'è il vero valore della medesima?

Volle essa conservare il principio del codice civile che il figlio non può, prima d'aver compiuto il 25° anno, passare a nozze senza il consenso dei genitori, portare, per le femmine, a 25 anni l'età in cui possono contrar matrimonio nelle stesse condizioni e ammettere una deroga a tali norme: la possibilità del matrimonio quando sia autorizzato dal tribunale? O, per l'opposto, intese, derogando al principio del codice civile circa la maggiorità dei maschi pel matrimonio, determinar questa al 21° anno, conservare l'antica regola circa la maggiore età delle femmine e limitarsi a creare un'eccezione alla norma che governa l'atto rispettoso e a termini della quale può procedersi al matrimonio un mese dopo la notifica?

La questione è gravissima.

Secondo la soluzione che verrà accolta, il matrimonio d'un maggiore degli anni 21, minore dei 25, il quale sia passato a nozze senza attendere il decorso del termine entro cui è ammesso il ricorso contro l'atto rispettoso, sia malgrado il ricorso, sia ad onta del divieto del tribunale, dovrà essere equiparato, nella prima interpretazione, al matrimonio del minore di 21 anni maritatosi contro il consenso dei genitori (*infra,* n. 451); nella seconda, al matrimonio di un maggiore di 25 anni che contragga matrimonio nonostante l'opposizione, senza aver notificato un atto rispettoso o senza aver atteso il termine di un mese (*infra,* n. 468).

La nuova disposizione non deroga all'attuale articolo 148, che determina la maggiorità pel matrimonio al 21° anno, ma stabilisce soltanto una eccezione alla regola circa gli effetti dell'atto rispettoso.

Che così debba essere interpretata, lo prova il posto che occupa nel codice. Inserta non già nell'articolo 148, ma nell'art. 152, essa fa immediatamente seguito al paragrafo nel quale è stabilito il principio che in mancanza di consenso circa un atto rispettoso si può, dopo un mese, passare alla celebrazione del matrimonio; ed è connessa a quella norma in forza della congiunzione *tuttavia*, il cui uso dimostra che si volle derogare al principio formulato nella norma stessa.

I lavori preparatori confermano questa interpretazione. Uno fra gli avversari della modificazione apportata all'articolo 148 del codice aveva dichiarato che, qualora fosse stata accolta, avrebbe proposto un emendamento nel senso di capovolgere i termini della proposizione transattiva di cui ci occupiamo: il rifiuto dei genitori avrebbe impedito il matrimonio dei maggiori degli anni 21, minori dei 25, ma i figli avrebbero avuto il diritto di convenire i genitori dinnanzi al tribunale per sentir autorizzare la celebrazione delle nozze. Questo emendamento, che non venne neppur presentato, fu, in anticipazione, vivamente combattuto dai fautori della maggiorità di 21 anni, i quali dichiararono che, adottandolo, si sarebbe sconvolto « l'intero progetto ». Il progetto aveva dunque lo scopo di fissare ai 21 anni la maggiorità pel matrimonio.

La nuova regola è dovuta all'iniziativa della Commissione della Camera. Ecco che cosa diceva il relatore per giustificarla: « Allo stato attuale della nostra legislazione, come ebbi op- « portunità di rilevare testè in seguito ad un'interruzione, e « l'on. Hoyois vi insistette or ora..., esiste una disposizione « analoga. In forza dell'articolo 173 del codice civile, il padre, « e, in sua mancanza, la madre... possono fare opposizione al « matrimonio dei loro figliuoli... ancorchè questi abbiano rag- « giunti i 25 anni... Io so che i tribunali... non possono acco- « gliere l'opposizione per motivi puramente morali ».

Diceva un altro oratore: « Se i genitori hanno veste per interve- « nire nel matrimonio dei loro figliuoli, allorchè hanno già rag- « giunto il 25° anno di età... per qual motivo non si ammette- « rebbe una facoltà più o meno analoga a quella che accorda « loro l'articolo 173 del codice civile, quando il figlio che in- « tende passare a nozze ha, non 25, ma 21, 22, 23 o 24 anni? »

Queste parole completano la figura del diritto concesso dalla nuova legge ai genitori. È un diritto analogo a quello che loro spetta di far opposizione al matrimonio dei figli che hanno compiuto il 25° anno, ma più esteso perchè i tribunali potranno ammettere il rifiuto, anche se fondato sopra motivi esclusivamente morali (Cfr. *infra*, n. 429).

V. pei lavori preparatori: seduta della Camera dei rappresentanti, 19 marzo 1896, disc. di Snoy, *Ann. parl.*, 1895-1896, p. 912; — seduta del 20 marzo 1896, disc. Woeste e Broqueville, *ibid.*, p. 919; disc. di Indekeu, relatore, *ibid.*, p. 924; disc. d' Hoyois, *ibid.*, p. 923.

388. *Legislazione belga.* — Il ricorso contemplato dall'articolo 152 (nuovo) deve essere fatto entro quindici giorni dalla notifica.

Il termine è perentorio.

Questa regola risulta anzitutto dalla lettura della disposizione che recita: « Il padre, o, in mancanza di lui, la madre possono. « entro quindici giorni dalla notificazione, ricorrere contro la me- « desima ». Il diritto eccezionale di cui discorriamo non è quindi loro accordato che durante quindici giorni: scorsi questi, non hanno più alcun diritto ed ogni reclamo è irricevibile.

Tale soluzione è conforme al voto del legislatore il quale stabilì i diversi termini, indicati nell'articolo 152, allo scopo di accelerare il più possibile la procedura.

In conformità alle regole generali, dovendo il ricorso esser fatto « nella quindicina », il *dies a quo* non si computa e il *dies ad quem* è l'ultimo giorno utile.

Sic, su quest'ultimo punto, Nivelles, 24 giugno 1896, *Pasic.*, 1897, III, 11.

389. *Legislazione belga.* — Il ricorso di cui al nuovo articolo 152 « è fatto con citazione a giorno fisso dinanzi al tribunale « civile di prima istanza del domicilio o della residenza del « figlio ».

« Il termine a comparire è di otto giorni; la sentenza non « è suscettibile di opposizione, ma può essere appellata entro « quindici giorni dalla pronunzia se resa in contradditorio, o « dalla notifica, se in contumacia: il termine a comparire din- « nanzi alla Corte è di giorni otto.

« Il tribunale e la Corte istruiscono la causa d'urgenza e
« debbono sentire il pubblico ministero in camera di consiglio;
« statuiscono in seduta pubblica. Non è richiesto ufficio di
« procuratore; le parti sono tenute a comparire personalmente:
« possono farsi assistere da un consulente.

« Qualora i motivi del rifiuto si riconoscano fondati, il giudice
« ordina di sospendere la celebrazione del matrimonio » (arti-
« colo 152).

Per illuminare la propria coscienza, il tribunale ha diritto di ricorrere a tutti quei mezzi d'investigazione che reputi necessarî od opportuni. Può, in ispecie, udire, in camera di consiglio, testimoni che dovranno prestar giuramento, ma per l'audizione dei quali non è richiesta veruna formalità.

Se il tribunale ordina di soprassedere al matrimonio, l'effetto della sua decisione non si protrae necessariamente fino a che il futuro sposo abbia raggiunto i 25 anni; il giudice può fissare un termine meno lungo e permettere altresì alle parti di presentarsi ancora davanti lui, dopo un tempo determinato, per un nuovo giudizio.

Sic disc. di Woeste, seduta della Camera dei rappresentanti del 24 marzo 1896, *Ann. parl.*, 1895-1896, p. 932-933.

Quanto alle formalità dell' inchiesta, *sic* trib. Nivelles, 24 giugno 1896, *Pasic.*, 1897, III, 11.

390. *Legislazione belga*. — Il tribunale ha ordinato che il matrimonio venga sospeso.

Successivamente, il padre e la madre vengono a morire. La sentenza cessa d'avere effetto, perchè il maggiore degli anni 21, privo dei genitori, ha il diritto assoluto di contrarre matrimonio.

Lo stesso accadrà se muoia soltanto il padre. Infatti, la decisione del tribunale non ha fatto che attribuire efficacia obbligatoria al rifiuto del padre, e dopo la morte di costui, tal rifiuto non ha più alcun valore. D'altro canto, il figlio maggiore degli anni 21, minore dei 25, il cui padre sia morto, ha diritto di maritarsi col consenso della madre, o se la madre non abbia ricorso contro l'atto rispettoso notificatole. Dunque, dopo la morte del padre, il figlio cui il tribunale, durante la vita del medesimo, vietò il matrimonio, può passare a nozze sia col

consenso della madre, sia in seguito a un atto rispettoso notificato alla medesima dopo la morte del padre e contro il quale essa non produsse ricorso, sia nel caso che questo ricorso sia stato respinto. La presente soluzione è conforme alla regola da noi esposta testè pel caso di morte del padre e della madre, e che venne formalmente proclamata durante il corso dei lavori preparatori.

Sic, su quest'ultimo punto, il discorso del Woeste, seduta della Camera dei rappresentanti del 24 marzo 1896, *Ann. parl.*, 1895-1896, p. 933.

391. *Legislazione belga.* — A termini del nuovo articolo 152, se il futuro sposo è minore dei 25 anni, il padre, o, in sua mancanza, la madre possono, entro i quindici giorni dalla notificazione dell'atto rispettoso, ricorrere al tribunale (*supra*, n. 387 sgg.).

Questo diritto appartiene indiscutibilmente ai genitori del futuro sposo povero, perchè la legge non distingue e durante il corso della discussione si fece espressa allusione al ricorso presentato da un padre indigente.

In qual modo potrà essere fatto se il padre o la madre del futuro sposo povero non hanno dimora conosciuta nel Belgio?

In questo caso, l'atto rispettoso non è richiesto: si può far luogo alla celebrazione del matrimonio, scorso un mese dall'ultima attestazione fatta nella forma contemplata dall'articolo 153; e questa regola, introdotta dalla legge del 16 agosto 1887, confermata dalla successiva del 30 aprile 1896, è assoluta.

Dai lavori preparatori risulta chiaramente che il legislatore, coll'articolo 152, non intese limitare il diritto riconosciuto al futuro sposo indigente dall'articolo 153, come non volle coll'articolo 153 togliere al padre o alla madre del futuro sposo indigente, i quali non abbiano dimora conosciuta nel Belgio, il diritto al ricorso accordato loro dall'articolo 152.

È forza riconoscere al padre o alla madre del futuro sposo indigente, che non hanno dimora conosciuta nel Belgio e ai quali non fu e non deve essere notificato l'atto rispettoso, il diritto di fare opposizione al matrimonio.

Questa soluzione concilia per quanto è possibile gli articoli 152 e 153.

Se il padre o la madre hanno fatto opposizione, il futuro

sposo potrà o notificar loro un atto rispettoso che li obbligherà a ricorrere contro il medesimo entro i quindici giorni, o citarli per la revoca dall'opposizione; essi avranno allora, fondandosi sopra motivi puramente morali, diritto di chiedere al tribunale che impedisca le nozze.

392. *Legislazione francese.* — La legge del 20 giugno 1896 ha soppresso l'obbligo di reiterare l'atto rispettoso imposto dall'antico articolo 152.

Secondo il nuovo articolo 151, « i figli di famiglia i quali « hanno raggiunta la maggiore età stabilita dall'articolo 148 « sono obbligati, prima di contrarre matrimonio, a richiedere, « mediante un atto rispettoso e formale, il consiglio del padre, « o della madre, o quello degli avi e delle avole, qualora i « genitori siano morti o versino nella impossibilità di manife- « stare la loro volontà. In mancanza di consenso dopo l'atto « rispettoso, si potrà, scorso un mese, passare alla celebrazione « del matrimonio ».

La stessa legge ha inserito nell'articolo 155 il testo del parere del consiglio di stato dell'anno XIII (*supra*, n. 377).

393. *Il termine di un mese prescritto per l'atto rispettoso si computa da trenta a trenta giorni.* II, 328.

Sic DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Mariage*, n. 74; — HUC., v. II, n. 41.

N. 2. IN CHE CONSISTE L'ATTO RISPETTOSO.

394. *L'atto rispettoso consiste in un atto unico, eretto da uno o due notai* (art. 154), *che constata la richiesta di consiglio fatta dal notaio o dai due notai a nome dei figli e la risposta dell'ascendente. Erroneamente dunque, nella pratica notarile, si fanno, nel caso in cui il figlio non accompagni il notaio, due atti: l'uno, l'atto di requisizione, che si redige nello studio del notaio; l'altro, l'atto di notifica, che si fa al domicilio dell'ascendente. Non occorre che il notaio sia munito di procura speciale nè accompagnato dal figlio.* II 329-331.

La legge belga del 30 aprile 1896 ha modificato l'articolo 154 del codice civile pel caso del matrimonio di persone povere. « Il futuro sposo (dispone il nuovo articolo 153) il quale dimo-

« stra la propria indigenza, può far erigere un atto rispettoso
« dall'ufficiale dello stato civile del suo domicilio o della sua
« residenza. Quest'atto deve essere notificato entro otto giorni
« al padre o alla madre, dall'ufficiale dello stato civile del do-
« micilio o della residenza dei medesimi o da un suo delegato.
« A tal fine, l'ufficiale dello stato civile che erige l'atto rispet-
« toso, deve, ove del caso, trasmettere immediatamente una
« copia notificata conforme all'ufficiale dello stato civile del
« domicilio o della residenza del padre o della madre ».

Per la notificazione non occorre la presenza di testimoni; ciò venne riconosciuto espressamente nel corso dei lavori preparatorî.

Il delegato è scelto dall'ufficiale dello stato civile e, come dice la relazione della commissione, non parve necessario di esigere un'approvazione dalla delega di parte dell'autorità superiore, nè un giuramento speciale da prestarsi dal delegato.

Come si vede, la legge belga, ispirandosi alla pratica notarile, ha distinto l'atto di notifica dall'atto rispettoso. Nondimeno dai lavori preparatorî risulta che il legislatore non intese modificare l'indole dell'atto rispettoso, ma volle agevolarne la notifica, allorchè il futuro sposo è indigente.

Il nuovo testo non è inconciliabile colla tesi formulata dal Laurent. L'atto rispettoso, ricevuto dall'ufficiale dello stato cicile e distinto dall'atto di notifica, non è in realtà che la constatazione da parte dell'ufficiale dello stato civile della volontà del figlio di richiedere il consenso dei suoi genitori; l'atto di notifica è l'adempimento di questa volontà; è il processo verbale che registra la domanda e la risposta: esso riunisce tutte le caratteristiche dell'atto rispettoso.

I due atti ammessi dalla pratica notarile hanno questi stessi caratteri; il secondo, cioè l'atto di notifica, costituisce da solo l'atto rispettoso, poichè deve annunziare che il consenso è richiesto dal notaio a nome del figlio; l'atto di requisizione non ha altra utilità che di salvaguardare la responsabilità del notaio evitando che si possa sconfessarlo. (Confr. *infra*, n. 398).

Su quest'ultimo punto, *sic* DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Mariage*, n. 76; — HUC, v. II, nn. 42-43.

395. *Il notaio che notifica l'atto rispettoso deve far ricerca dell'ascendente; se questo non lo riceve, può eseguire la notifica al domicilio.* II 332-333.

I tribunali non possono, col pretesto di sottrarre il figlio ad influenze estranee, fissargli una residenza speciale.

La nullità dell'atto, notificato al domicilio e senza che il notaio abbia parlato coll'ascendente, non può essere invocata se non quando il notaio abbia, intenzionalmente, scelto per fare la notifica un giorno in cui l'ascendente sia assente.

Sotto questo riguardo, dunque, la questione è puramente di fatto.

Sie e conforme al testo, trib. Bruxelles, 25 ottobre 1884, *Pasicrisie*, 1885, III, 52 e la nota; — Gand, 2 maggio 1883, *Pasic.*, 1883, II, 384, nella quale specie l'atto era realmente inutile; — trib. Gand, 1 marzo 1882, *Belg., jud.*, 1884, 23 e la nota; — Chambery, 7 giugno 1886, *J. Pal.*, 1887, 220; Sir., 1887, 2, 37; Dall., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Mariage*, n. 80, nota 2; — Parigi, 26 settembre 1878, D. P., 1879, 2, 132; Sir., 1878, 2, 325; *J. Pal.*, 1878, 1279; — Dall., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Mariage*, nn. 81, 85.

N. 3. Della nullità degli atti rispettosi.

396. *Gli atti rispettosi non possono essere annullati che in caso d'inosservanza delle formalità sostanziali, per esempio se non furono notificati dall'ufficiale pubblico designato dalla legge; se, essendo stato notificato da un notaio, non venne soddisfatta una formalità prescritta a pena di nullità per gli atti notarili; se non venne rilasciata una copia per ciascuno degli ascendenti cui deve notificarsi l'atto; se l'atto non riferisce che il consiglio è richiesto a nome del figlio; se fu redatto in forma meno rispettosa.* II 334-338.

La legge non ha prescritto in qual modo debba notificarsi l'atto rispettoso. Donde la questione se debbano essere seguite le formalità ordinate dagli articoli 68 e seguenti del codice di procedura civile per la notificazione degli atti ad opera dell'usciere.

Quando il notaio si è uniformato alle medesime, la regolarità della notifica non può, nel silenzio della legge, essere posta in

dubbio: il legislatore ha indicate queste forme come bastevoli perchè gli interessati abbiano notizia degli atti che li riguardano. Se invece non furono osservate, il semplice fatto della loro violazione non importa la nullità della notifica, perchè le nullità non possono essere estese e, inoltre, l'atto rispettoso ha un carattere diverso da quello degli atti notificati ad opera dell'usciere; occorre, in tal caso, ricercare se il notaio ha fatto quanto ha potuto perchè l'ascendente ricevesse la copia dell'atto; nell'affermativa, la notifica non può essere annullata.

Su questo punto, *sic* trib. Bruxelles, 26 gennaio 1892, *Pasic.*, 1892, III, 165; — 25 ottobre 1884, *Pasic.*, 1885, III, 52; — Chambery, 7 giugno 1886, DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Mariage*, n. 80, nota 2; *J. Pal.*, 1887, 220; SIR., 1887, 2, 37; — Lione, 11 maggio 1886, *Pand. fr.*, 1886, II, 201; — Nancy, 11 luglio 1885, D. P., 1886, 2, 96; *Pasic. fr.*, 1886, II, 61; *J. Pal.*, 1885, 1120; — Parigi, 26 settembre 1878, D. P., 1879, 2, 132; SIR., 1878, 2, 325; *J. Pal.*, 1878, 1279; HUC, v. II, n. 48. — Confr. DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Mariage*, n. 89.

Quanto al testo, conf. Orléans, 3 giugno 1870, SIR., 1871, 2, 114, che dichiara valido l'atto non contenente domanda fatta a nome del figlio.

Rispetto al carattere rispettoso dell'atto, v. Chambery, 7 giugno 1886, precitato, DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Mariage*, n. 79.

II, 339. **397**. *L'atto rispettoso non è nullo, per difetto di volontà libera da parte del figlio o per mancanza di rispetto, solo perchè, all'epoca della notifica, il figlio risieda presso la persona che vuol prendere in matrimonio.*

Sic Parigi, 8 maggio 1888, *Pasic. fr.*, 1889, II, 152; Parigi, 26 settembre 1878, D. P., 1879, 2, 132; SIR., 1878, 2, 325; *J. Pal.*, 1878, 1279; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 81; — HUC, v. II, n. 46.

398. In pratica, come vedemmo, il notaio, quando il figlio non lo accompagna, erige due atti: l'uno, detto atto di requisizione e formato nello studio in presenza del figlio; l'altro, detto atto di notificazione, che si fa al domicilio dell'ascendente.

È quest'ultimo soltanto che deve riunire le condizioni prescritte dall'articolo 154 del codice civile per la validità dell'atto rispettoso; se è regolare, poco importa che il primo sia affetto da irregolarità, purchè il notaio non venga sconfessato dal proprio mandante (*supra*, n. 394).

Sic Parigi, 26 settembre 1878, Sir., 1878, 2, 325; *J. Pal.*, 1878, 1279; D. P., 1879, II, 132; — Parigi, 11 ottobre 1871, Sir., 1871, 2, 132; *J. Pal.* 1871, 490; D. P., 1871, 5, 10; — Huc, v. II, n. 46; — Aubry e Rau, v. V, § 463, p. 85, nota 21.

Contra: Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 82.

399. Al momento della notificazione dell'atto rispettoso, esiste un impedimento dirimente o proibitivo del matrimonio; sarà valido l'atto rispettoso? La questione è implicita nell'altra se il figlio soddisfi al voto della legge, chiedendo consiglio ai genitori per contrarre un matrimonio che è in quel tempo legalmente impossibile per motivo diverso dal mancato consenso dei genitori stessi.

La legge, imponendo al figlio l'obbligo dell'atto rispettoso, non ebbe in vista che un matrimonio giuridicamente possibile; non volle certo che si chiedesse consiglio ai genitori rispetto a nozze che essa divieta e cui pertanto non potrebbero consentire.

Questa soluzione non è controversa pel caso in cui esista un impedimento dirimente o proibitivo permanente; ma vi ha chi sostiene che l'atto sia valido qualora esista un semplice impedimento proibitivo transitorio, per esempio il divieto imposto alla vedova di passare a un secondo matrimonio se non siano trascorsi dieci mesi dalla morte del marito.

Ma la distinzione manca di fondamento. Infatti, così nell'uno come nell'altro caso, allorchè viene chiesto il consiglio, il matrimonio è proibito dalla legge, e in entrambi i casi può rendersi possibile per l'avvenire, anche se l'ostacolo è permanente; per esempio se un figlio facesse un atto rispettoso per contrarre un secondo matrimonio innanzi lo scioglimento del primo.

Si insiste col dire: spirati i dieci mesi, la vedova potrà passare a nuove nozze e l'atto rispettoso non la obbliga mica a maritarsi prima. L'osservazione è senza dubbio vera, ma non ha valore di sorta. Il consiglio dei genitori non cessa di essere richiesto per contrarre un matrimonio vietato dalla legge al momento della domanda e cui quelli non possono consentire; l'atto rispettoso diviene una formalità inutile, perchè, non dovendo il matrimonio essere celebrato se non molti mesi più tardi, gli ascendenti sono consultati sopra una situazione futura che non possono conoscere con certezza.

Contra, su quest'ultimo punto, Parigi, 19 gennaio 1873, SIR., 1873, 2, 144; *J. Pal.*, 1873, 598; D. P., 1873, 2, 40; — HUC, v. II, n. 46; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 71.

II, 340. **400.** *Se l'atto rispettoso viene annullato, l'ufficiale dello stato civile non può celebrare il matrimonio.*

§ 3. DEI FIGLI NATURALI.

II 341-342. **401.** *Il figlio naturale, legalmente riconosciuto, deve, nelle stesse condizioni del figlio legittimo, ottenere il consenso dei propri genitori* (art. 158). *Se questi sono morti, o nell'impossibilità di manifestare la loro volontà, ovvero se il figlio non è legalmente riconosciuto, non potrà esso contrarre matrimonio, prima degli anni 21, se non col consenso di un tutore* ad hoc. *Il tutore dev'essere nominato dal tribunale, perchè il figlio naturale è senza famiglia.*

Non è qui il luogo di esaminare se esista un consiglio di famiglia pei figli naturali non riconosciuti. Il figlio legittimo, minore degli anni 21, non può contrarre matrimonio senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia (art. 160). La legge deroga a questa norma relativamente al figlio naturale e dice che il medesimo dev'essere autorizzato *ad hoc;* essa dunque volle escludere l'intervento del consiglio di famiglia; per conseguenza è naturale che il tutore venga nominato dal tribunale.

Si volle contestare questa soluzione adducendo i lavori preparatori. Presentando l'articolo 159, il Réal diceva: « La se-« zione credette debito morale di far assistere da un tutore il « minorenne nato fuori di matrimonio che vuol contrarre nozze « e il cui padre è ignoto. Questo mezzo rimedia allo stato di « fatto creato dalla illegittimità della nascita e chiama gli amici « del futuro sposo a deliberare intorno al di lui matrimonio » (Consiglio di Stato, 26 fruttidoro anno XI).

Da queste ultime parole si è concluso che debba riunirsi un consiglio di famiglia. Convien rilevare anzitutto che una tal conclusione non è punto necessaria. Prima dell'emendamento proposto dal Réal, il figlio naturale poteva contrarre matrimonio

senza il consenso di chicchessia; l'emendamento gli impone l'obbligo di procurarsi il consenso di un tutore *ad hoc;* è supponibile che costui sarà scelto fra gli amici del futuro sposo, che egli consulterà gli altri amici di quest'ultimo e così, come diceva il Réal, gli amici del figlio delibereranno intorno al di lui matrimonio. Se tale non fosse stato il pensiero degli autori dell'articolo 159, se questi avessero voluto subordinare il matrimonio del figlio naturale al parere del consiglio di famiglia, non avrebbero parlato di un tutore *ad hoc*, ma si sarebbero limitati a proporre che fosse richiesto il consenso del consiglio medesimo.

La nostra interpretazione è d'altronde confermata in modo indubbio dalle parole con le quali, nella seduta del Corpo legislativo del 16 ventoso, anno XI, il Portalis giustificò l'articolo 159, e che implicano necessariamente l'esclusione del consiglio di famiglia, per la poca fiducia che in esso ripone il legislatore: « Nondimeno, siccome il figlio naturale non appar-
« tiene a nessuna famiglia, non si è applicato al medesimo il
« sistema secondo il quale, dopo la morte dei genitori, vengono
« chiamati gli avoli e le avole, e poscia le assemblee dei pa-
« renti. Si sarebbe affidato a mani poco sicure l'interesse di
« questi figli lasciandone arbitre famiglie delle quali essi co-
« stituiscono piuttosto un onere che una parte. Tuttavia, poichè
« era duopo vegliare su di loro, viene ad essi nominato, nei
« casi preveduti dalla legge, un tutore speciale, col compito di
« assolvere a loro riguardo il debito della natura e della
« patria ».

Sic Huc, v. II, n. 56.
Contra: Bruxelles, 15 giugno 1885, *Belg. jud.*, 1885, 1028; *Pasic.*, 1885, II, 328; — Aubry e Rau, v. V, § 462, p. 80; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 67.
Confr. Laurent, v. III, n. 452; v. V, n. 413 e s., 419 e seg.

§ 4. Consenso del consiglio di famiglia.

402. *I minori degli anni 21 i quali non hanno ascendenti in grado di consentire, non possono contrarre matrimonio senza il consenso del consiglio di famiglia. Il diritto d'appello contro* II 343-344.

le deliberazioni del consiglio, stabilito dall'articolo 883 del codice di procedura civile, non è applicabile alla decisione su questa materia, perchè non costituisce un parere.

La legge belga del 30 aprile 1896 ha cambiato il tenore dell'articolo 160, senza peraltro modificarne la sostanza, prevedendo il caso di assenza dell'ascendente (*supra*, n. 371).

Non possiamo accettare l'opinione del Laurent per quanto ha tratto all'interpretazione dell'articolo 883 del codice di procedura civile.

Questa disposizione è generale: essa non distingue punto secondo i diversi oggetti della dichiarazione del consiglio e, per conseguenza, si applica a tutti quanti i casi.

È vero che il titolo in cui si trova ha per epigrafe *Dei pareri dei parenti.* Ma questa circostanza non prova mica che sia estraneo a tutte le decisioni dell'assemblea famigliare, le quali non costituiscono un semplice consiglio, e d'altronde nessuno pretende ciò. Il titolo deve dunque essere inteso in senso ampio e comprende tutte le deliberazioni con cui, in forza del codice civile, il consiglio di famiglia esprime il proprio parere, senza che importa la circostanza che il medesimo debba poi o no essere seguìto, che costituisca un consenso, un'autorizzazione o un suggerimento; « questo titolo », come diceva il Berlier nell'esposizione dei motivi al Corpo legislativo, « non è, a parlar « proprio, che il complemento del codice civile nelle sue di- « sposizioni relative al consiglio di famiglia ».

L'articolo 73 del codice civile, si osserva, non esige, quando manca l'unanimità, che l'atto autentico del consiglio di famiglia contenga l'opinamento di ciascuno dei suoi membri.

L'osservazione peraltro non ha valore di sorta; perchè l'articolo 883 del codice di procedura contempla il processo verbale dell'atto di consenso presentato all'ufficiale dello stato civile e che può essere benissimo un estratto della deliberazione, in cui non sia registrato il parere dei singoli membri del consiglio. D'altro canto, l'articolo 73 non poteva riferirsi espressamente all'articolo 883 del codice di procedura civile, poichè questo è posteriore ad esso e il titolo di cui fa parte ebbe appunto lo scopo di colmare le lacune della legge, scopo

che venne esposto dalla sezione legislativa del Tribunato, nelle sue osservazioni sull'articolo 160 del codice civile, nei seguenti termini: « La sezione ha espresso il suo voto per una precisa « organizzazione del consiglio di famiglia, tanto in materia ma- « trimoniale, quanto in tema di tutela. Solo questo organamento « può impedire le difficoltà e gli inconvenienti che sorgerebbero « dalle leggi ancora in vigore sull'argomento ».

Anche quest'ultima osservazione dimostra che, per escludere l'applicazione dell'articolo 883, non si può punto argomentare da ciò che l'articolo 160 si limita a menzionare il consenso del consiglio di famiglia e non prevede che la delibèrazione può essere riformata dal tribunale.

Si obbietta ancora: il consiglio di famiglia sostituisce gli ascendenti; lo stesso deve pertanto accadere della decisione del consiglio di famiglia. Ma si dimentica che il consiglio di famiglia sostituisce sempre i genitori del minorenne; per conseguenza, se l'obbiezione fosse fondata, non si dovrebbe ammettere mai il ricorso contro la decisione del consiglio; mentre tutti ritengono l'opposto e la legge è formale su questo punto.

È, d'altronde, evidentemente contraddittorio l'ammettere a pro del minore il ricorso al tribunale quando si tratti d'interessi puramente materiali e il negarlo allorchè è questione del matrimonio, vale a dire dell'atto più serio che possa compiere un minorenne.

Sic Bruxelles, 11 giugno 1890, _Pasic._, 1890, II, 363 che riforma trib. Bruxelles, 7 marzo 1890, _Pasic._ 1890, III, 177; _Pand. Belges_, 1890, 881; — e in specie analoghe: Parigi, 19 novembre 1887, Sir., 1888, 2, 29; _J. Pal._, 1888, 1, 207; D. P., 1888, 2, 176; — Montpellier, 14 maggio 1883, Sir., 1885, 2, 50; _J. Pal._, 1885, 1, 322.

Contra: Fuzier-Herman, _Rép. de droit fr._, v. _Conseil de famille_, n. 376 e seg.; — Aubry e Rau, t. V, § 462, p. 74, nota 37 e seg.; — Dall., _Rép._, _Supp._, v. _Mariage_, n. 66; — Huc, t. II, n. 57.

§ 5. Sanzione.

403. *Quando il matrimonio sia celebrato malgrado un impedimento dirimente, la sanzione è penale e civile; penale soltanto se l'impedimento è solo proibitivo.* II, 345.

Confr. Cass. B., 3 luglio 1880, *Pasic.*, 1880, I, 263; *Belg. jud.*, 1880, 989.

II, 346. **404**. *Gli impedimenti al matrimonio si distinguono in dirimenti, che formano ostacolo alla celebrazione delle nozze e costituiscono una causa di annullamento delle medesime, e proibitivi, che non ne ostacolano la celebrazione.*

N. 1 e 2. Della parentela e dell'affinità.

II 347-350. **405**. *La parentela naturale non impedisce il matrimonio se non quando sia legalmente provata.*

È opportuno ricordare che siccome il pubblico ministero deve agire d'ufficio nell'interesse dell'ordine pubblico e la ricerca della filiazione può aver luogo, nei casi autorizzati dalla legge, anche malgrado la volontà del figlio, il ministero pubblico ha veste per far dichiarare la parentela naturale allo scopo d'impedire il matrimonio fra parenti naturali.

Sic e conforme al testo, Bruxelles, 30 aprile 1890, *Belg. jud.*, 1890, 1181.
Quanto al testo, *sic* Huc, v. II. n 61; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 120. — *Contra*: trib. Versailles, *J. Pal.*, 1892, 2, 92; Sir., 1892, 2, 92, il quale, mentre la maggioranza degli scrittori insegna che l'articolo 161 è inapplicabile alla filiazione adulterina, invoca come unico motivo che nessuno può sostenere una tale opinione.

II, 351. **406**. *L'affinità è il vincolo che il matrimonio crea fra uno dei coniugi e i parenti dell'altro; non può quindi risultare da un concubinato.*

Sic Chambery, 7 febbraio 1885, D. P., 1885, II, 241; *J. Pal.*, 1886, 1214; — Huc, v. II, n. 62; Dall., *Rép.*, *Supp.*, *Mariage*, n. 117.
Contra: Aubry e Rau, v. V, § 461, p. 58, nota 13.

II, 352. **407**. *L'impedimento che risulta dall'affinità si conserva quando il coniuge che la produce sia morto senza prole.*

Sic Cass. B., 5 novembre 1896, *Pasic.*, 1897, 1, 10; — Orleans, 15 novembre 1892, Sir., e *J. Pal.*, 1894, 2, 18; — Dijon, 26 dicembre 1888 e 30 gennaio 1889, *J. Pal.*, 1889, 213; Sir., 1889, 2, 32; — Bordeaux, 23 febbraio 1881, Sir., 1882, 2, 106; *J. Pal.*, 1882, 1, 576; — Dall., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Mariage*, n. 119; — Huc, v. II, n. 62; — Aubry e Rau, v. V, § 461, p. 56.

Contra: Lyon 21 febbraio 1891, *J. Pal.* e SIR., 1894, 2, 99, che statuisce in una specie dove, in fatto, non esisteva affinità.

Pel caso di scioglimento del matrimonio per divorzio, v. *infra*, LAURENT, v. III, n. 287.

408. *L'impedimento cessa di esistere nel caso in cui venga annullato il matrimonio che produceva l'affinità.* II, 353.

Sic HUC, v. II, n. 159. — *Contra*: DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 118. — Confr. *supra*, n. 406; *infra*, n. 443.

409. *Il matrimonio è vietato nella linea retta fra parenti legittimi o naturali ed affini nella stessa linea, tra fratello e sorella legittimi o naturali ed affini del medesimo grado, fra zio e nipote, zia e nipote legittimi. Il potere esecutivo può, per gravi motivi, togliere la proibizione del matrimonio fra zio e nipote, cognato e cognata; in quest'ultimo caso, la legge belga esige che il matrimonio sia disciolto per causa della morte di uno dei coniugi* (art. 161, 162 del codice civile, legge francese del 16 aprile 1832; leggi belghe, 23 aprile 1827, 28 febb. 1831). II 354-358.

È permesso il matrimonio fra prozio e pronipote, perchè la legge non parla che dello zio ed applicandola al prozio si verrebbe ad estendere il divieto a un grado di parentela più lontano.

Su quest'ultimo punto, *sic* Nîmes, 13 agosto 1872, SIR., 1872, 2, 145; *J. Pal.*, 1872, 643; D. P., 1872, 2, 169; — AUBRY e RAU, t. V, § 464, p. 98; — HUC, t. II, n. 64. — *Contra:* Cass. Fr., 28 novembre 1877, SIR., 1878, 1, 337; *J. Pal.*, 1878, 865; D. P., 1878, 1, 209; v. le note dei raccoglitori; DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 116.

Conforme al rimanente del testo, HUC, t. II, n. 63-64; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 113 e 115, 121 e seg.

410. *L'adozione costituisce, nei limiti stabiliti dall'articolo 348 del codice, un impedimento al matrimonio.* II, 359.

V. *infra*, n. 468.

N. 3. MATRIMONIO PREESISTENTE.

411. *Non si può contrarre un secondo matrimonio senza che il primo sia disciolto od annullato, salvo il caso in cui questo fosse notoriamente e senza dubbio possibile inesistente dal punto di vista legale.* II 360-362.

N. 4. DELLA DONNA VEDOVA O DIVORZIATA.

II, 363. **412** *La donna vedova o divorziata non può passare a seconde nozze se non siano trascorsi dieci mesi compiuti dallo scioglimento del primo matrimonio, e questa regola vuol essere osservata anche se la donna si sia già sgravata.*

Riguardo alla donna divorziata, v. *infra*, il commento al titolo *Del divorzio.*

II 364-365. **413**. *L'articolo 228 non è applicabile al caso in cui il matrimonio venga annullato, poichè si limita a considerare il caso di scioglimento.*

Sic HUC, t. II, n. 284.
Contra: DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 111.
V. *infra*, n. 443.

N. 5. IMPEDIMENTI ORIGINATI DAL DIVORZIO.

II 366-367. **414**. *Sono determinati dagli articoli 295, 297 e 298 del codice.*

V. *infra* il commento al titolo *Del divorzio.*

N. 6. IMPEDIMENTI CHE DERIVANO DAL SERVIZIO MILITARE.

II, 368. **415**. *Questi impedimenti sono determinati dalle leggi sull'organizzazione dell'esercito.*

N. 7 a 10. DELLO STATO SACERDOTALE. DELLA MORTE CIVILE.
DELL' INTERDIZIONE LEGALE.

II 369-373. **416**. *Lo stato sacerdotale, la morte civile anche pronunziata all'estero contro uno straniero, e, almeno nel Belgio, l'interdizione legale, non costituiscono impedimenti al matrimonio.*

Quanto al sacerdozio, *sic* Cass. Fr., 25 gennaio 1888, D. P., 1888, 1, 97; *J. Pal.*, 1888, 481; — v. DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Culte*, n. 60.
Riguardo alla morte civile, *sic* DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 99-101.
Rispetto all'interdizione legale, la questione, che concerne il diritto penale, è ancor oggi discussa in Francia. V. DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Droits civils*, n. 380 segg.

Sezione V. — Delle opposizioni al matrimonio

417. *Il diritto d'opposizione consiste nella facoltà di diffidare, mediante atto d'uscere, l'ufficiale dello stato civile a non celebrare il matrimonio; ricevuta l'opposizione l'ufficiale deve soprassedere fino a che l'opposizione stessa non sia revocata Questo diritto è concesso affinchè i terzi possano informare l'ufficiale dello stato civile dell'esistenza di impedimenti matrimoniali; inoltre lo si accorda agli ascendenti per conceder loro di ritardare le nozze.* II, 374

CHI PUÒ FARE OPPOSIZIONE.

418. *Le disposizioni che determinano da chi e per quali cause possa farsi opposizione debbono essere interpretate ristrettivamente.* II, 375.

N. 1. DIRITTO DEL CONIUGE.

419. *Ha diritto di fare opposizione chi si trova unito in matrimonio con uno dei futuri sposi* (art. 172). II, 376.

Perchè il diritto di far opposizione è subordinato alla condizione che l'oppositore sia unito in matrimono con una delle parti contraenti, ne risulta che se il matrimonio è disciolto per divorzio, questo diritto non sussiste più. Il coniuge che ottenne il divorzio per adulterio non può dunque fare opposizione al matrimonio del proprio sposo col complice del medesimo, dovendo le regole sulla materia interpretarsi ristrettivamente (v. il numero precedente).

Ma è evidente che nulla gli impedisce di denunziare il fatto all'ufficiale dello stato civile, il quale, se ne riconosce la realtà, dovrà rifiutarsi a celebrare il matrimonio.

Sic trib. Senna, 12 aprile 1894, D. P., 1894, 2, 447; — HUC, v. II, n. 108; DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 129.

Contra: trib. Dieppe, 26 giugno 1890, *J. Pal.*, 1890, 1056; SIR., 1890, 2, 200.

Cfr. Lyon, 3 luglio 1890, *J. Pal.*, 1891, 1365; D. P., 1890, 2, 365.

N. 2. Ascendenti.

II 377-378. **420**. *Hanno diritto di fare opposizione il padre, o, in sua mancanza, la madre, o, mancando entrambi, l'ascendente più prossimo* (art. 172 combinato coll'art. 173).

Se il padre consente al matrimonio, la madre non può fare opposizione neppure quando non ne sia stato chiesto il consiglio.

Nondimeno se non sia stato richiesto il consiglio della madre, basta che questa denunzi il fatto all'ufficiale dello stato civile perchè costui sia obbligato, quando non sia prodotta alcuna prova contraria, a soprassedere alla celebrazione del matrimonio.

Cfr. al testo, Huc, n. 108-109; Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*. n. 130-133; — Aubry e Rau, v. V, § 454, p. 29 e § 462, p. 72, nota 26.

Cfr., quanto al diritto di fare opposizione spettante alla madre, trib. Senna, 16 luglio 1876, D. P., 1877, 3, 92.

II, 379. **421**. *L'avo, escludendo l'ava della stessa linea, può fare opposizione al matrimonio del nipote.*

Se una delle due linee consente, l'altra non può fare opposizione.

Non possiamo accogliere quest'ultima massima. La legge non la stabilisce affatto: per l'opposto, essa dichiara che il diritto d'opposizione spetta agli avi e alle avole. Se si può ammettere che l'avo, marito dell'ava, escluda questa in causa dell'autorità maritale, detto motivo non sussiste più quando si trovano di fronte le due linee.

La circostanza che il consenso di una delle due linee basta per poter far luogo alla celebrazione dal matrimonio è priva d'ogni valore, perchè non occorre che l'opposizione degli ascendenti sia motivata (*infra*, n. 426, 427).

Sic Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 132; — Aubry e Rau, v. V, § 455, p. 29, nota 6.

Cfr. Huc, v. II, n. 110.

Riguardo alla prima questione, conforme al testo, Agen, 24 ottobre 1888, SIR. e J. Pal., 1892, 2, 310; — AUBRY e RAU, v. V, § 454, p. 29, nota 6; — DALL., Rép., Supp., v. *Mariage*, n. 131; — HUC, v. II, n. 110.

422. Nel Belgio i maggiori degli anni 21 i cui genitori siano morti o impossibilitati a manifestare la loro volontà, possono maritarsi senza bisogno di richiedere il consenso degli ascendenti (*supra*, n. 383).

Le leggi che introdussero questa innovazione non hanno modificato l'articolo 173, e per conseguenza rimane integro il diritto da questo conferito agli ascendenti.

Invano si obbietterebbe che il diritto di far opposizione deriva dalla circostanza che il futuro sposo deve chiedere il consiglio degli ascendenti: il diritto di far opposizione non è il corollario dell' obbligo di domandar consiglio, poichè i collaterali il cui consenso non è mai richiesto, hanno, in certi casi, diritto di fare opposizione.

N. 3. DEI COLLATERALI.

423. *Quando manchino gli ascendenti, il diritto di far opposizione spetta concorrentemente ai collaterali indicati nell'articolo 174 e solo nei due casi ch'esso prevede. L'opposizione fondata sullo stato di demenza non deve necessariamente menzionare i fatti d'alienazione mentale; basta che questi vengano articolati dinnanzi al tribunale allorchè se ne chieda la revoca. I figli, come i nipoti e le nipoti non hanno diritto di fare opposizione, neppure se agiscano per ottenere l' interdizione del futuro sposo.* II 380-384.

Su quest'ultimo punto, Cass. Fr., 28 agosto 1872, D. P., 1872, 1, 345; SIR., 1872, 1, 329; *J. Pal.*, 1872, 860.

Cfr. al testo, HUC, v. II, n. 112, 113, 116; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 139, 140 e 143.

N. 4. DEL TUTORE E DEL CURATORE.

424. *Il tutore e il curatore possono fare opposizione nei casi contemplati dall'articolo 175.* II 385-386.

Questa disposizione è inutile in quanto prevede il matrimonio

di un minore demente, perchè in tale ipotesi il consiglio di famiglia non avrà dato il suo consenso alle nozze, o lo ritratterà. Essa è estranea al matrimonio del maggiore interdetto. I collaterali hanno diritto di far opposizione al matrimonio, escludendo il tutore.

L'interdetto non può contrarre matrimonio (*supra*, n. 357); contrariamente a ciò che è esposto nel testo, il tutore deve dunque, come dispone l'art. 175 del codice civile, aver diritto di far opposizione al matrimonio. Perchè la legge volle che il tutore sia autorizzato dal consiglio di famiglia? Il fatto non trova altra spiegazione che in una inavvertenza del legislatore, analoga a quella che rileviamo nel testo e relativa al matrimonio del minore demente.

Sic DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 142.

N. 5. DEL PUBBLICO MINISTERO.

II, 387. **425**. *Il pubblico ministero non può far opposizione in nome dell' ordine pubblico, poichè la legge non gli concede espressamente tale diritto. Anche supponendo che l' articolo 46 della legge del 20 aprile 1810 gli attribuisca la facoltà d'agire di ufficio ogniqualvolta è interessato l' ordine pubblico, simile potere non gli va riconosciuto nelle materie nelle quali, come quella dell'opposizione al matrimonio, la legge non ha accordato il diritto d'azione a tutti gli interessati.*

Questa quistione è estranea al diritto civile e conseguentemente non ci è dato di poterla discutere.

Ci limiteremo a far notare che l'argomento del Laurent, secondo il quale la legge, fuori di taluni casi eccezionali, non ha concesso a certi interessati, come i figli o i collaterali, il diritto di far opposizione, è privo di base: se questo diritto fu loro negato, ciò accadde per considerazioni ad essi affatto personali, come il rispetto dovuto ai genitori, o il timore di veder moltiplicarsi opposizioni create a semplice scopo vessatorio, considerazioni queste del tutto estranee al pubblico ministero.

È opportuno richiamare l'osservazione, fatta dal Laurent, che il diritto di far opposizione non è rigorosamente necessario al pubblico ministero: infatti, l'ufficiale dello stato civile esercita le sue funzioni sotto la di lui sorveglianza, e se egli invita quest'ultimo a sospendere il matrimonio perchè esiste un impedimento legale, le sue istruzioni saranno senza dubbio eseguite.

Conforme al testo, *Pand. belges*, v. *Acte de mariage*, n. 293; — HUC, v. II, n. 116; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 144.

Contra: Grenoble, 19 gennaio 1889, *Pasic. fr.*, 1889, II, 54; D. P., 1890, 2, 193; — Cass. Fr., 28 novembre 1877, *J. Pal.*, 1878, 865; D. P., 1878, 1, 209; — AUBRY e RAU, v. V, § 464, nota 27.

Confr. Gand, 3 aprile 1895, *Pasic.*, 1895, II, 245 e la nota; — Bruxelles, 30 aprile 1890, *Belg. jud.*, 1890, 1181; — Parigi, 25 novembre 1891, D. P., 1893, 2, 63, e le autorità citate, *supra*, n. 253.

§ 2. FORME DELL'OPPOSIZIONE.

426. *Le forme dell'opposizione sono determinate dagli articoli 176, 66, 67 del codice di procedura civile.* II 388-295.

L'elezione di domicilio può essere fatta in un solo dei comuni in cui può celebrarsi il matrimonio.

L'usciere ha diritto di rifiutarsi a notificare un atto d'opposizione che non riunisca le formalità di legge.

L'osservanza dell'articolo 66 non è prescritta a pena di nullità. L'opposizione dev'essere notificata all'ufficiale dello stato civile di uno dei due comuni in cui può celebrarsi il matrimonio. Qualora non sia stata notificata all'ufficiale dello stato civile è, per costui, come non avvenuta; se non fu notificata a nessuno dei futuri coniugi, il tribunale la dichiarerà nulla; se venne invece notificata all'ufficiale e a quello degli sposi contro cui è diretta, sarà valida.

L'opposizione è valida se fu notificata, prima del rilascio dei certificati prescritti dall'articolo 69, all'ufficiale dello stato civile di uno dei due comuni in cui seguono le pubblicazioni.

Conforme su quest'ultimo punto, trib. Bourg, 21 febbraio 1870, DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 143.

Sic e conforme al testo, salvo quanto alla validità dell'opposizione notificata ad uno dei futuri sposi ma non firmata dall'opponente, DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 145, 148 e seg., AUBRY e RAU, v. V, § 455.

§ 3. EFFETTI DELL'OPPOSIZIONE.

N. 1. PRINCIPIO GENERALE.

II, 396.

427. *Perchè sia applicabile l'articolo 68, da cui questi effetti sono determinati, è duopo che l'opposizione sia formulata da persona che abbia, per legge, diritto di spiegarla; che sia fatta a ministero d'usciere, e, nel caso in cui la promuova un collaterale, che sia in qualche guisa motivata.*

A torto stima il Laurent che l'ufficiale dello stato civile debba arrestarsi di fronte all'opposizione promossa da un collaterale per motivi che non siano espressamente contemplati dalla legge. Questa non permette ai collaterali di formare opposizione se non per due cause (*supra*, n. 423); l'opposizione fondata su una causa diversa, non è, in realtà, motivata: chi invoca un motivo illegale opera come se non ne invocasse alcuno.

Sic su questo punto e conforme al testo pel rimanente, HUC, v. II, n. 121. Conf. DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 153.
Contra: AUBRY e RAU, v. V, § 456, p. 37, nota 1.

N. 2. DELLA REVOCA DELL' OPPOSIZIONE.

II 397-398.

428. *La revoca all'opposizione deve risultare da un atto autentico* (art. 66-67).

La revoca può essere chiesta al tribunale soltanto dal futuro sposo contro il quale è diretta l'opposizione.

Il tribunale competente è quello nella cui circoscrizione fu eletto domicilio.

Quest'ultima questione concerne la procedura.

Si insegna pure che l'attore nel giudizio di revoca può rinunciare al beneficio dell'elezione di domicilio e convenire l'opponente dinnanzi al tribunale competente secondo il diritto comune.

Sic Liegi, 29 luglio 1886, *Pasic.* 1886, II, 367; *Belg. jud.*, 1886, 1076; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 54; — HUC, v. II, n. 120. V. *supra*. n. 316.

429. *Anche quando l'opposizione sia spiegata degli ascendenti, il tribunale deve pronunziare immediatamente la revoca pura e semplice dell'opposizione allorchè non esista un impedimento legale al matrimonio.* II 399-400.

Sic Cass. Fr., 30 giugno 1879, D. P., 1880, 1, 135; SIR., 1879, 1, 416; *J. Pal.*, 1879, 1079; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 134 e 157; — AUBRY e RAU, v. V, § 454, p. 3.

430. *Sebbene l'articolo 174 non contempli che l'opposizione promossa da un collaterale, il tribunale può, trattandosi di un principio di diritto comune, ordinare la revoca pura e semplice dell'opposizione spiegata da un ascendente per causa di alienazione mentale, se la reputa infondata.* II, 401.

Sic Bordeaux, 29 giugno 1880, SIR., 1880, 2, 290; *J. Pal.*, 1880, 1104; — Cass. Fr., 30 giugno 1879, D. P., 1880, 1, 136; *J. Pal.*, 1879, 1079; SIR., 1879, 1, 146; — Cass. Fr., 24 luglio 1872, D. P., 1873, 1, 208; *J Pal.*, 1872, 862; SIR., 1872, 1, 330; — DALL., *Rép.*, *Supp.* v. *Mariage*, n. 135 a 137; — HUC, v. II, n. 113.

431. *Il tribunale non può sospendere di pronunziarsi sulla revoca fino a che sia statuito sopra una domanda di nomina di un consulente giudiziario.* II, 402.

Sic trib. Senna, 18 marzo 1870, D. P., 1870, 3, 87; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 138.

N. 3. DELLA SENTENZA DI REVOCA.

432. *La sentenza di revoca deve, in prima istanza come in appello, essere pronunciata entro i dieci giorni* (art. 177-178). *Trascorso questo termine peraltro, l'istanza cade in perenzione.* II 403-406.

Il ricorso per cassazione non ha effetto sospensivo; la cassazione della sentenza che ordina la revoca non trae seco la nullità del matrimonio, perchè questo non è l'esecuzione della sentenza.

L'opposizione, respinta perchè nulla nella forma, può essere rinnovata; l'opposizione revocata può pure ripetersi, ma, ove occorra, sarà ammissibile contro la nuova domanda l'eccezione cosa giudicata.

Per rendere più celere la procedura, la legge francese dei 20-24 giugno 1896 ha stabilito che le sentenze e i decreti contumaciali che respingono le opposizioni al matrimonio non sono suscettibili di opposizione (art. 179, nuovo paragrafo).

Confr. al testo, DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 156, 159 e seg. — HUC, v. II, n. 122 che non prevede il caso di nuova opposizione; — AUBRY e RAU, v. V, § 457, p. 40, nota 18; — BAUDRY-LACANTINERIE, v. I, n. 492, insegna peraltro che la cassazione della sentenza annulla il matrimonio.

N. 4. DEI DANNI INTERESSI.

407 [1] 408. **433.** *Se l'opposizione è rigettata, gli opponenti potranno essere condannati alle spese* (art. 130-131 del codice di proc. civ.); *gli opponenti, che non siano gli ascendenti, potranno essere condannati anche ai danni* (art. 179); *questi costituiscono una specie di pena il cui ammontare non può essere determinato alla stregua dei danni interessi dovuti in causa d'un ordinario pregiudizio materiale, ma è lasciato all'apprezzamento del magistrato.*

Il valore della frase « una specie di pena » sfuggita al Laurent, non vuol essere esagerato. La legge non ammette specie di pena; se l'autore dell'opposizione della quale fu ordinata la revoca, può essere condannato ai danni, ciò avviene in forza del principio generale contenuto nell'articolo 1382 del codice. « Spesso » diceva il Portalis esponendo i motivi dell'articolo 179, « un'opposizione infondata può essere di ostacolo a un'unione legittima e bene auspicata. Sorge allora un grave pregiudizio, che deve essere riparato ».

La disposizione dell'articolo 179 non è altro dunque fuorchè l'applicazione dei principii generali, e l'ammontare dell'indennità deve essere regolato alla stregua di questi. In conformità ai principii medesimi, è forza ammettere che i danni interessi pos-

sono essere reclamati da chiunque risenti pregiudizio dall'opposizione, anche dai figli naturali la cui legittimazione fu resa da quella impossibile: per esempio, se uno dei futuri coniugi è morto nel tempo fra la revoca dell'opposizione e la data stabilita pel matrimonio. D'altra parte il danno non può consistere, in generale, nella privazione delle utilità pecuniarie che il marito avrebbe tratto dalle nozze, perchè, d'ordinario, queste non costituiscono un lucro, ma il compenso degli oneri matrimoniali.

In forza dell'articolo 179, non si possono in verun caso reclamare danni dagli ascendenti; la legge presume che costoro non sono mai in colpa: se si sono ingannati « il loro affetto fa scusare l'errore ».

Da un altro lato, questa disposizione non autorizza la condanna ai danni interessi se non quando l'opposizione sia revocata: ora, la revoca può essere chiesta soltanto dallo sposo contro cui è diretta l'opposizione (*supra*, n. 428); donde la conseguenza che se muore prima di aver ottenuto la revoca, l'opposizione sussiste, e quindi non è soddisfatta la condizione cui la legge ha subordinata la condanna ai danni interessi.

Cfr. Bourges, 7 agosto 1872, *J. Pal.*, 1872, 1049; Sir., 1872, 2, 257; D. P., 1873, 2, 105 e la nota; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, nn. 164 e 165.

Sezione VI. — Delle formalità prescritte per la celebrazione del matrimonio.

§ 1. Principii generali.

434. *L'omissione di talune formalità produce l'inesistenza del matrimonio; l'omissione di altre formalità lo rende soltanto annullabile; certe formalità hanno una sanzione penale, per altre la sanzione è puramente civile.* II 409-411.

§ 2. Dove dev'essere celebrato il matrimonio.

435. *Il matrimonio non può essere celebrato se non nel comune in cui uno degli sposi ha acquistato lo speciale domicilio matrimoniale mediante sei mesi di dimora* (articolo 74). II 412-417.

Quando la dimora in un comune non sia durata sei mesi, si dovrà sospendere il matrimonio fino all'adempimento di questa condizione. La regola è applicabile tanto ai minori quanto ai maggiori di età.

La discussione che per molti anni agitavasi su tale questione venne a cessare, nel Belgio, per effetto della legge 26 dicembre 1891, che, col suo articolo 8, abrogò gli articoli 74, 166 e 167 del codice civile.

A sensi dell'articolo 8 « il matrimonio sarà celebrato pubbli-
« camente dinnanzi all'ufficiale dello stato civile del comune e
« nel comune in cui uno degli sposi avrà domicilio o residenza
« alla data della pubblicazione del matrimonio e, in caso di
« dispensa dalle pubblicazioni, alla data della celebrazione ».

Questa disposizione ebbe per iscopo, come resulta dai lavori preparatorî, di precisare, nell'interesse dei cittadini belgi e degli stranieri residenti nel Belgio, e interpretandolo nel suo più ampio significato, l'efficienza dell'articolo 74.

Il domicilio cui allude l'articolo 8 è quello le cui condizioni sono determinate dagli articoli 102 e seguenti del codice.

Nessuna prescrizione di tempo è stabilita pel domicilio: basta che il futuro coniuge fosse residente nel comune all'epoca della celebrazione del matrimonio.

Se si ottenne la dispensa dalle pubblicazioni, il matrimonio può, in realtà, essere celebrato dovunque, poichè basta una residenza, di qualsivoglia durata, nel comune in cui ebbero luogo le nozze.

Ammettono, contrariamente al testo, che il matrimonio può essere celebrato nel luogo del domicilio generale e in quello del domicilio speciale: trib. Liège, 24 febbraio 1890, *Jurisp. de la Cour d'appel de Liège*, 1890, p. 139; — trib. Malines, 7 marzo 1871, *Pasic.*, 1872, III, 158; — Orléans, 9 agosto 1890, D. P., 1891, 2, 235; — Dall., *Rép. Suppl.*, v. *Mariage*, nn. 182-183; — Huc, v. II, n. 90-91.

Conforme al testo, trib. Termonde, 28 marzo 1874, *Pasic.*, 1884, III, 225.

§ 3. Delle pubblicazioni.

436. *Le formalità delle pubblicazioni sono determinate dagli articoli 63 a 65, 166 a 168 del codice.* II 418-423.

I. *Le pubblicazioni non possono farsi che col consenso di entrambe le parti.*

II. *Il procuratore imperiale può, per cause gravi, dispensare dalla seconda pubblicazione* (decreto del 20 pratile, anno XI).

III. *Le pubblicazioni debbono seguire nel domicilio di fatto dei futuri sposi, nel loro ultimo domicilio legale quando sia diverso da quello di fatto, nel domicilio legale degli ascendenti il cui consenso è necessario pel matrimonio.*

IV. *Non debbono essere fatte nel comune in cui si riunisce il consiglio di famiglia, poichè questo non ha un domicilio.*

V. *Il matrimonio non può essere celebrato prima del mercoledì successivo alla domenica in cui ebbe luogo l'ultima pubblicazione.*

VI. *Se non è celebrato entro un anno a far tempo da questo mercoledì, le pubblicazioni debbono essere rinnovate.*

La legge belga del 26 dicembre 1891 (art. 10) ha abrogato gli articoli 63 a 65, 166 a 168 del codice sostituendolo con nuove disposizioni (*infra*, n. 437 a 439 A).

Sul punto III, *contra:* Dall., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Mariage*, il quale insegna che le pubblicazioni debbono farsi sempre al domicilio legale, poscia al domicilio di fatto se il matrimonio è quivi celebrato, e inoltre all'anteriore domicilio se il matrimonio è celebrato nel nuovo domicilio legale e il coniuge non vi risiede da sei mesi. Cfr. Aubry e Rau, v. V, § 465, p. 103; — Huc, v. II, n. 89.

Sul IV, *contra*: Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 169; — Aubry e Rau, v. V, § 465, p. 104 nota 4, i quali insegnano che la pubblicazione deve esser fatta nel luogo dell'apertura della tutela, poichè il consiglio di famiglia si riunisce quivi.

Sul V, *sic* Aix, 18 agosto 1870, D. P., 1871, 2, 249; Sir., 1872, 2, 69; *J. Pal.* 1872, 351; — Aubry e Rau, v. V, § 465, p. 105, nota 11; — Huc, v. II, n. 87.

Sul VI, *sic* Huc, v. II, n. 87 — *Contra:* Aubry e Rau, v. V, § 465, p. 105, nota 12, i quali insegnano che il mercoledì non deve essere compreso nel calcolo del nuovo anno.

437. In forza della legge belga del 26 dicembre 1891, che abroga gli articoli 165 a 169, occorre una sola pubblicazione, la cui forma è determinata dall'articolo 1° della legge stessa.

Questa ha luogo in giorno di domenica; l'atto di pubblicazione rimane affisso alla porta della casa comunale e il matrimonio non può essere celebrato prima del secondo mercoledì dopo il giorno della pubblicazione (art. 2).

La legge non dice fin quando l'atto debba rimanere affisso; ne risulta che a questo riguardo non esiste alcuna regola obbligatoria. Peraltro, secondo lo spirito della legge, la quale autorizza il matrimonio soltanto dieci giorni dopo la pubblicazione, l'atto di pubblicazione deve rimanere affisso fino alla data in cui il matrimonio può essere celebrato.

Come sotto l'impero del codice civile, « se il matrimonio non « ha luogo entro un anno dacchè è spirato il termine della pub- « blicazione, non può più essere celebrato se non in seguito a « nuova pubblicazione ».

438. La legge belga del 26 dicembre 1891 ha stabilito, agli articoli 4 e 5, in qual luogo debba esser fatta la pubblicazione.

Essa deve essere fatta sia al domicilio, sia alla residenza di ciascuno degli sposi.

Basta che sia fatta al domicilio se questo è durato per sei mesi continui; in caso diverso occorre una nuova pubblicazione al domicilio precedente, qualunque ne sia la durata; se questo ultimo domicilio è sconosciuto, la seconda pubblicazione va fatta nel comune in cui il futuro sposo ha risieduto sei mesi; se in fine, manchi anche tale residenza, la seconda pubblicazione seguirà nel luogo in cui risiedono gli sposi.

La sola pubblicazione fatta nel luogo della residenza è valida, se la residenza ha durato per sei mesi continui: in caso diverso, occorre una nuova pubblicazione nell'ultimo domicilio conosciuto, qualunque ne sia la durata; se questo domicilio è ignoto, la seconda pubblicazione deve essere fatta nel comune in cui il futuro sposo ha risieduto per sei mesi almeno; in mancanza di tal residenza continua, non occorre una seconda pubblicazione.

L'articolo 6 della legge determina come si facciano le pubblicazioni in luogo diverso da quello della celebrazione del ma-

trimonio: « Le pubblicazioni che dovranno avvenire in luogo
« diverso da quello in cui sarà celebrato il matrimonio, si fa-
« ranno a partire dalla prima domenica successiva alla rece-
« zione della richiesta per iscritto dell'ufficiale dello stato civile
« chiamato a procedere alla detta celebrazione. L'ufficiale dello
« stato civile richiesto non potrà esigere la produzione di altri
« documenti ».

439A. Nel Belgio, il procuratore del re del circondario in cui i futuri coniugi si propongono di celebrare il matrimonio può dispensare, per cause gravi, non solo dalla pubblicazione, ma ancora dal termine che deve decorrere fra questa e la celebrazione delle nozze (art. 7 della legge 26 dicembre 1891).

Potendo dispensare dall'osservanza di detto termine, sarà a maggior ragione, come dice la relazione fatta in nome della sezione centrale, abilitato ad abbreviare il termine che ha facoltà di sopprimere; ma non potrebbe prescrivere un modo di pubblicazione non preveduto dalla legge (stessa relazione).

Uguale potere hanno i diversi agenti diplomatici belgi indicati nell'articolo 7 della legge.

439B. Due stranieri contraggono matrimonio in Francia o nel Belgio avanti l'ufficiale dello stato civile.

Questo matrimonio, celebrato nelle forme stabilite dalla legge francese o belga, dev'essere preceduto dalle pubblicazioni?

Perchè sia valido il matrimonio celebrato in Francia fra stranieri, fa d'uopo che sia osservata la legge nazionale dello straniero relativamente alla capacità nuziale, e che siano seguite le leggi francesi rispetto alle formalità della celebrazione del matrimonio (*supra*, nn. 31, 39, 240).

La questione si riduce dunque a sapere se le pubblicazioni concernano le formalità della celebrazione del matrimonio o la capacità delle parti.

Esse concernono le formalità della pubblicazione.

Infatti, le norme relative alle pubblicazioni si trovano collocate nel capo III del titolo II, che tratta, non già delle condizioni richieste per la capacità nuziale, ma delle forme dell' atto di matrimonio.

Le pubblicazioni hanno lo scopo di garantire la pubblicità delle nozze, d'impedire matrimonî clandestini: « occorre dunque « che esso (il matrimonio) sia noto; deve esserlo ancor prima « della sua celebrazione, affinchè spieghino efficacia gli even- « tuali ostacoli legittimi che contro il medesimo esistessero. « Donde la necessità delle pubblicazioni ». (Relazione Siméon; conf. Esposizione dei motivi di Thibaudeau; relazione Duchêne). Le pubblicazioni sono quindi richieste per garantire la regolarità del matrimonio; conseguentemente interessano la forma dell'atto, non la capacità delle parti e sono governate dalla legge del paese in cui il matrimonio viene celebrato.

Per di più i lavori preparatorî dell'articolo 170 comprovano che gli autori del codice, quando imposero al francese che vuol maritarsi all'estero di fare le pubblicazioni in Francia, considerarono che si trattava di una formalità e non di una condizione di capacità (v. *infra,* n. 503).

Tuttavia fu giudicato non essere necessario che la pubblicazione richiesta dall'articolo 168, oggi abrogato nel Belgio, abbia luogo quando gli ascendenti sono domiciliati all'estero.

Non occorre la pubblicazione, dice una sentenza, perchè « non è possibile che il legislatore abbia voluto violare il prin- « cipio della sovranità territoriale delle potenze estere; questo « principio sarebbe leso se il pensiero legislativo fosse stato « quello di prescrivere l'adempimento di formalità in paese « straniero per permettere la celebrazione del matrimonio nel « Belgio ».

L'obbiezione è priva di valore perchè la legge francese, quando esige delle pubblicazioni all'estero, evidentemente non lo fa se non in quanto la legge straniera conosca questo modo di render pubblico il matrimonio; in caso diverso le pubblicazioni non occorrono e il matrimonio può essere celebrato. Soltanto se regolasse la forma delle pubblicazioni all'estero, la legge francese violerebbe il principio della sovranità straniera; ora, è certo che la forma di questa pubblicazione resta governata dalla legge straniera.

Per aggiungere efficacia alla propria argomentazione, la sentenza che discutiamo, invocando un passo dell'esposizione dei motivi fatta dal Portalis, viene alla conclusione seguente: « che

« è dunque certo che esigendo delle pubblicazioni fatte nel « Belgio, l'articolo 170 ha considerato questa condizione come « un requisito della capacità dei contraenti » e ne deduce che le pubblicazioni non debbono aver luogo se non quando lo esiga la legge degli stranieri, essendo la capacità regolata dalla legge estera (art. 3).

Il Portalis diceva al Corpo legislativo (seduta del 16 ventoso anno XI): « Non neghiamo dunque ai francesi il diritto di « contrarre matrimonio in paese straniero... La forma del con- « tratto è governata allora dalla legge del luogo in cui è fatto. « Ma tutto quanto concerne l'essenza medesima del contratto, « le qualità e le condizioni che determinano la capacità dei « contraenti, continua ad essere governato dalla legge francese ». Il Portalis non parla affatto delle pubblicazioni; e perchè ne tace, la sentenza conclude che le comprende fra le condizioni che determinano la capacità dei contraenti.

Nulla prova che tale sia stato il suo pensiero; tutto anzi dimostra il contrario. Infatti, qualche linea prima, egli dice nella stessa esposizione dei motivi: « Abbiamo parlato delle qualità « e delle condizioni richieste per poter contrarre matrimonio. « Perchè queste qualità e queste condizioni non siano eluse, « due pubblicazioni... debbono precedere il contratto ». Egli considera dunque la pubblicità, non come una condizione di capacità, ma come una formalità destinata a garantire che le nozze abbiano luogo soltanto fra persone capaci (conf. *infra*, n. 503).

Sic trib. Bruxelles, 20 febbraio 1885, *Pasic.*, 1885, III, 190, riformata da Bruxelles, 11 giugno 1885, *Pasic.*, 1885, II, 291; — Parere del Consiglio di Stato, 20 dicembre 1823; Huc, v. II, n. 105.

V. l'Esposizione dei motivi di Portalis, Locré, v. II, p. 387, nn. 29 e 32.

§ 4. Presentazione dei documenti.

440. *Le parti contraenti debbono presentare all' ufficio di stato civile i documenti atti a comprovare ch'essi soddisfano a tutte le condizioni prescritte per poter contrarre matrimonio.* II, 424.

La legge belga del 16 agosto 1887 (art. 5 a 7) dispone che l'ufficiale dello stato civile del comune in cui le parti dichiararono di volersi maritare, debba reclamare e raccogliere, ad istanza degli interessati, i documenti necessarî pel matrimonio degli indigenti e la legittimazione dei loro figli naturali.

A richiesta dell'ufficiale dello stato civile, le copie di questi atti possono essere domandate e trasmesse dai procuratori del re.

Costoro hanno, nell'istesso caso, veste per agire d'ufficio e procedere agli atti d'istruzione antecedenti la celebrazione del matrimonio. « Le sentenze di rettificazione o d'inscrizione di « atti dello stato civile, le omologazioni degli atti di autorità « e in generale tutti gli atti giudiziarî o di procedura richiesti « pel matrimonio degli indigenti, saranno provocati od eseguiti « d'ufficio dal pubblico ministero ».

Quanto alla Francia, v. *supra*, n. 253 e qui appresso.

La legge francese del 17 agosto 1897 stabilisce:

Art. 5. Il § 1 dell'articolo 70 del codice civile è modificato come segue:

« L'ufficiale dello stato civile si farà rilasciare copia dell'atto « di nascita di ciascuno degli sposi. L'atto non dovrà essere « stato estratto da oltre tre mesi, se fu rilasciato in Francia, « e da oltre sei mesi, se in una colonia e da un consolato ».

§ 5. Celebrazione del matrimonio.

II 425-429. **441.** *Le norme relative alla celebrazione del matrimonio e alla redazione dell'atto sono contenute negli articoli 75, 76 del codice e nell'articolo 76 della legge ipotecaria belga.*

Il matrimonio può, quando esiste un motivo legittimo, essere celebrato al domicilio delle parti.

Queste debbono sempre comparire personalmente davanti all'ufficiale dello stato civile.

Il matrimonio prende esistenza dal momento della sua celebrazione, e prima della redazione dell'atto che serve solo a comprovarlo.

La validità dell'atto di matrimonio è stabilita secondo i principi generali relativi agli atti dello stato civile.

La celebrazione del matrimonio in luogo diverso dalla casa comunale è una causa di nullità se il tribunale, cui spetta, su questo punto, un potere sovrano d'apprezzamento, ritiene che tale irregolarità abbia impedito la pubblicità della celebrazione (*infra*, n. 465).

In forza della legge francese del 17 agosto 1897:

Art. 2. L'articolo 76 del codice civile è completato come segue:

« Sarà fatta menzione della celebrazione del matrimonio in « margine all'atto di nascita degli sposi ».

CAPO IV.

NULLITÀ DEL MATRIMONIO.

Sezione I. — Principii generali.

§ 1. Dei matrimoni nulli.

N. 1. Quando è nullo il matrimonio? Chi può domandarne la nullità?

442. *La nullità non può essere pronunziata che in forza di un' espressa disposizione della legge, e solo dietro richiesta di coloro che la legge autorizza specialmente a domandarla.* II 430-434.

Le nullità sono assolute o relative. Le prime sono stabilite nell'interesse dell'ordine pubblico; il codice accorda a tutti gli interessati e al pubblico ministero il diritto d' invocarle; questo diritto è imprescrittibile e non vi si può rinunziare. Le nullità relative non possono essere invocate che da persone determinate; ammettono sanatoria e il diritto di domandarla è prescrittibile.

Sic Dall., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Mariage*, n. 232; — Aubry e Rau, v. V, § 458, p. 42 e sgg.

Riguardo al matrimonio inesistente, v. *supra*, n. 353, *infra*, nn. 446, 447.

N. 2. Effetto della nullità.

II 435-437. **443.** *La nullità non produce effetto se non quando sia pronunziata dal giudice; fino a che non venga riconosciuta da una sentenza, il matrimonio è valido e genera tutte le conseguenze che ne derivano. L'annullamento, non appena proclamato, salvo il caso di matrimonio putativo, agisce retroattivamente, di guisa che fa venir meno tutti gli effetti giuridici del matrimonio.*

Sic Dall., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Mariage*, n. 314.

Confr. Huc, v. II, n. 159.

Sul primo punto: *Sic* Cass. B., 5 luglio 1880, *Belg. jud.*, 1880, 989; *Pasic.*, 1880, I, 263; — Gand, 26 luglio 1879, *Pasic.*, 1880, II, 169; — 12 luglio 1877, *Pasic.*, 1878, II, 34; *Belg. jud.*, 1878, 1353.

II, 438. **444.** *Il matrimonio annullato, anche se putativo, fa prova della filiazione naturale dei figli che ne nacquero. Per vero, la sentenza d'annullamento non può distruggere il fatto del matrimonio e quello della nascita, entrambi risultanti da atti autentici.*

Quantunque la tesi sia generalmente accolta, noi non crediamo di poterla ammettere.

È certo, e non lo neghiamo, che, nonostante la sentenza di annullamento, due fatti sono provati in modo autentico: il primo, che fu contratto un matrimonio, il secondo, che durante questo matrimonio fu dichiarato essere nato un figlio dai due coniugi. Ma codesti due fatti bastano per stabilire la filiazione? Sì, se il matrimonio è valido, perchè in tal caso esiste una prescrizione legale in forza di cui si reputa nato dai due sposi il figlio nato nel corso del matrimonio. No, se il matrimonio viene annullato, poichè l'annullamento avendo effetto retroattivo e togliendo di mezzo tutte le conseguenze del matrimonio, è forza

ritenere che la prescrizione legale non abbia mai esistito; in tale ipotesi, non rimangono più che due fatti, constatati, è vero, in modo autentico, ma dei quali, il primo, il matrimonio, non è necessariamente la causa del secondo, la nascita.

L'opinione contraria dimentica che la filiazione, quando vi ha matrimonio, non è che la conseguenza d'una presunzione legale ammessa soltanto in contemplazione di quello; se il matrimonio vien meno, anche la presunzione scompare.

Ciò che dimostra in modo irrefutabile l'errore dell'opinione avversaria, è la sua applicazione al caso in cui il matrimonio venga annullato per l'impubertà del marito. In questa ipotesi, come negli altri casi di nullità, è provato in modo autentico, malgrado l'annullamento, che fu contratto un matrimonio e che venne dichiarato essere nato dai coniugi un determinato figlio. Si dovrà ritenere stabilita la filiazione naturale di questo relativamente al di lui padre impubere? Risolvendo la questione in senso affermativo, è forza autorizzare il padre a disconoscere il figlio, con che si viene a creare un'azione di disconoscimento di figlio naturale, di cui la legge non fa parola. Perciò gli scrittori, anche quelli che insegnano la teorica cui contraddiciamo, affermano che la filiazione, nella specie, non è stabilita per mancanza di coabitazione: fanno dunque derivare la filiazione dalla coabitazione. Ora, in qual punto la legge dice mai che la coabitazione prova la filiazione? Donde risulterebbe, una volta distrutta la presunzione legale, che la coabitazione sia seguìta unicamente fra la moglie ed il marito, ch'essa non abbia avuto luogo fra la moglie ed un terzo?

Nessun argomento può trarsi dalla circostanza che l'articolo 762 prevede il caso della concessione d'alimenti a figli adulterini od incestuosi: nulla prova che il legislatore con questa disposizione abbia inteso contemplare i figli nati da un matrimonio annullato per bigamia o incesto.

Sic Agen, 14 giugno 1890, Sir., e *J. Pal.*, 1893, 2, 4.

Contra: Torino, 25 settembre 1879, Sir., 1881, 4, 7; *J. Pal.*, 1881, 2, 11; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 314; — Huc, v. II, n. 159; — Aubry e Rau, v. V, § 459, nota 5, p. 45.

Cfr. *infra*, n. 447.

II, 439 **445.** *I coniugi che dubitano della validità della loro unione, possono far celebrare un nuovo matrimonio, senza necessità che sia statuito intorno alla validità del primo. Questo secondo matrimonio non toglie però ai terzi il diritto, che loro spettasse, d'impugnare le prime nozze.*

Sic Orléans, 14 aprile 1886, D. P., 1887, 2, 95; *J. Pal.*, 1886, 1089; Sir., 1886, 2, 191; — Lyon, 28 febbraio 1880, D. P., 1881, 1, 310; *J. Pal.*, sotto Cass., 14 dicembre 1880, 1881, p. 854; — Cass. Fr., 24 luglio 1872, D. P., 1873, 1, 208; *J. Pal.*, 1872, 862; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 202, e 303.

§ 2. Dei matrimoni inesistenti.

N. 1. Il matrimonio inesistente apre l'adito ad un'azione di nullità?

II, 440-441 **446.** *Il matrimonio inesistente non apre l'adito ad un'azione di nullità; se vi è un titolo apparente, si fa luogo ad un'azione che mira a far dichiarare l'inesistenza del matrimonio; quest' azione non è mai soggetta alle regole dell' azione di nullità e può essere intentata da chiunque vi abbia interesse.*

Sic Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 226 e s.; — Huc, v. II, n. 22. Cfr. *supra*, n. 354.

N. 2. Applicazione.

II 445-447. **447.** *L' azione che tende a far dichiarare l' inesistenza del matrimonio è imprescrittibile, perchè il tempo non può dare vita a un' unione che non esiste. Dal momento che il matrimonio inesistente non produce verun effetto, non vi è domicilio coniugale, non si fa luogo all'autorizzazione maritale, i figli non hanno stato, salvo che il matrimonio non sia stato celebrato dinnanzi a un ufficiale dello stato civile e la nascita sia stata dichiarata regolarmente.*

Non possiamo accogliere quest'ultima teorica pei motivi esposti *supra,* n. 444. Vi è un'unione di fatto, dice il Laurent; questo « fatto non basta forse a provare la filiazione se lo si combini « col fatto della nascita, che è pure stabilito in modo auten- « tico? » Un tal ragionamento prova l'errore in cui è caduto l'illustre giureconsulto. Qualunque nascita è provata autenticamente coll'atto di nascita; ogni nascita suppone un'unione di fatto; ma la combinazione del fatto di questa unione col fatto della nascita non basta, fuori di matrimonio, a stabilire la filiazione, precisamente perchè fuori del matrimonio non esiste la presunzione legale che la legge ha creata unicamente in riguardo a questo. Affermare il contrario equivale a sopprimere tutte le norme relative alla filiazione naturale e far reggere quest'ultima dalla presunzione legale stabilita per la filiazione legittima.

Sezione II. — Delle nullità relative.

§ I. Vizi del consenso.

448. *Se il consenso fu viziato da errore o da violenza, il matrimonio non può essere impugnato se non dal coniuge che ne rimase vittima: questo diritto è essenzialmente morale e personale, poichè la società non ha alcun interesse all'annullamento. Gli eredi del coniuge non possono nè intentare l'azione di nullità, nè proseguire il procedimento iniziato dal loro autore.*

II 148-150

oncessa allo sposo, vittima dell'errore o della violenza, per permettergli di uscire dallo stato matrimoniale in cui non entrò liberamente, l'azione di nullità ha un carattere essenzialmente morale e personale; la convenzione con cui egli vi rinunziasse contro compenso sarebbe contraria ai buoni costumi. Se muore prima che la nullità sia pronunziata, il matrimonio è disciolto, lo scopo per cui la legge aveva accordato al coniuge il diritto eccezionale d'annullare le nozze, è raggiunto; i suoi eredi non potranno quindi proseguire il giudizio da lui cominciato.

Si dirà che hanno pur sempre un interesse pecuniario a farlo. Poco importa tale interesse: non è l'interesse degli eredi che può giustificare l'azione; questa non può avere per fondamento che l'interesse del loro autore, il quale, secondo la legge, non agisce per un interesse pecuniario, ma per un interesse esclusivamente personale e morale, intrasmessibile agli eredi.

Durante il corso del giudizio, il *de cuius* avrebbe potuto rinunziarvi e confermare il matrimonio. Se l' azione si trasmettesse agli eredi, questi avrebbero il medesimo diritto; donde la conseguenza, assolutamente immorale, che gli eredi farebbero o non farebbero annullare un matrimonio, secondo il loro interesse materiale.

Si obbietterà ancora ch'essi hanno un interesse morale: escludere dalla loro famiglia un intruso. La legge non riconobbe tale interesse; essa non permise loro di agire durante la vita del *de cuius*, nè li ha autorizzati (e tutti lo riconoscono) ad intentare l'azione allorchè il loro autore sia morto senza iniziare il procedimento.

Cfr. al testo, HUC, v. II, n. 134, — salvo quanto alla questione trattata nella nota: DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 241-242; — AUBRY e RAU, v. V, § 462, p. 69.

Decise che l'azione di nullità non si trasmette agli eredi, trib. Toulouse, 24 febbraio 1879, SIR., 1880, 2, 54; *J. Pal.*, 1880, 329; D. P., 1879, 3, 64.

II 451-453

449. *La nullità può essere sanata colla conferma, espressa o tacita. Quest'ultima non può risultare se non dalla coabitazione continuata dopo sei mesi dacchè il coniuge riacquistò la sua piena libertà o conobbe l' errore* (art. 181). *Spetta a chi allega l' irricevibilità dell' azione adducendo che la nullità è sanata dalla conferma provare la propria allegazione, in ispecie che la coabitazione è durata più di sei mesi dopo la scoperta dell'errore o la cessazione della violenza.*

Continua anche oggi la controversia su quest' ultimo punto.

Non si contesta che spetti al convenuto dimostrare che vi fu coabitazione durante sei mesi; provato ciò, si dice, egli ha fatto quanto gli incombeva. Se poi l'attore in nullità pretende che la

coabitazione sia il resultato dell' errore o della violenza che viziarono originariamente il suo matrimonio, tocca a lui darne la prova, e quindi stabilire quando l'errore e la violenza ebbero fine.

La questione si rifà conseguentemente a quella se la coabitazione, pedissequa ad un matrimonio contratto da persona il cui consenso venne viziato dall'errore o dalla violenza, debba presumersi libera, ovvero affetta da quel medesimo vizio che colpì il matrimonio da cui deriva. In massima, è certo che l'errore e la violenza non si presumono; ma la questione è diversa. Consta che il matrimonio fu contratto per conseguenza di un errore o sotto l'impero della violenza; non vi ha motivo di credere che l'errore o la violenza siano cessati dopo la celebrazione del matrimonio; bisogna supporre al contrario che la coabitazione, scopo principale del matrimonio, sia stata ottenuta con mezzi identici a quelli usati per giungere alla celebrazione e che sia continuata la posizione di fatto che permise le nozze. Per conseguenza, spetta a chi sostiene che abbia avuto fine, che la coabitazione fu libera, di dimostrarlo.

Questa interpretazione è confermata dalla lettera dell' articolo 181. Esso dice che la domanda non è ricevibile « quando « la coabitazione sia continuata per sei mesi dacchè lo sposo « riacquistò la sua piena libertà o conobbe l'errore ». La legge suppone dunque che la coabitazione sia cominciata in condizioni diverse. Infatti, se il legislatore non avesse accolta questa presunzione, avrebbe dichiarato che sei mesi di coabitazione bastino per rendere l'azione irricevibile; in tale ipotesi, chi sostiene che la coabitazione non fu libera, che non prova la ratifica del matrimonio, avrebbe dovuto darne la prova.

Non si può certo pretendere che l' esperimento dell' azione prima dello spirar del termine di dieci mesi sia una condizione della sua esistenza. L'azione nasce sempre quando sia viziato il consenso al matrimonio, e quindi esiste dal momento della celebrazione di questo. Per tal motivo appunto l' articolo 181 dice che la domanda non è più ricevibile, ciò che suppone l'anteriore esistenza di un' azione.

Cfr. al testo, HUC, v. II, n. 127-128.
Quanto alla prova, *contra:* DALL., *Rép. Suppl.*, v. *Mariage*, n. 243.
Rispetto alla validità d'una ratifica espressa, *sic* Verviers, 1 marzo 1871. *Pasic.*, 1877, III, 140.

II, 454 **450.** *L'azione di nullità contemplata dall'articolo 180 si estingue colla prescrizione trentennale.*

Sic HUC, v. II, n. 129; — AUBRY e RAU, v. V, § 462, p. 71, nota 22.
Cfr. DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 244-245.

§ 2. MANCANZA DI CONSENSO DEGLI ASCENDENTI O DELLA FAMIGLIA.

II 455-456. **451.** *La nullità che deriva dalla mancanza di consenso degli ascendenti o della famiglia non può essere invocata se non dall'ascendente o dal consiglio di famiglia il cui consenso era indispensabile, all'epoca della celebrazione, per la validità del matrimonio, ovvero dallo sposo cui tale consenso occorreva* (art. 182). *La mancanza degli atti rispettosi non produce nullità.*

La nullità del matrimonio del figlio naturale passato a nozze senza il consenso di quello fra i suoi genitori che doveva prestarlo, può essere invocata in conformità all'articolo 182, poichè questa disposizione è assoluta.

Sic trib. Bruxelles, 2 novembre 1892, *Pand. belges*, 1892, 797; — AUBRY e RAU, v. V, § 463, p, 80; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 257.

II, 457. **452.** I. *Se, all'epoca del matrimonio, il padre è vivente e capace di consentire, la madre non potrà mai invocare la nullità, neppure dopo la morte di quello, per essere il figlio passato a matrimonio senza il consenso dei genitori.*

II. *Così pure non potrà mai agire l'ava, se l'avo è vivente al tempo del matrimonio.*

III. *Del pari, se una delle due linee ha consentito, l'altra non potrà mai sperimentare l'azione di nullità.*

I e II, *sic* HUC, v. II, n. 130. — *Contra:* AUBRY e RAU, v. V, § 462, p. 76, nota 46. — Cfr. DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 250 a 252.

Quanto al III, non vi ha discussione.

V. pure *infra*, n. 457 B.

453. *L'azione di nullità, anche quando sia stata iniziata, non si trasmette agli eredi dell'ascendente.* II, 458.

Sic DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 255; — HUC, v. II, n. 130; — AUBRY e RAU, v. V, § 462, p. 76, nota 51.

454. *Non ha alcuna influenza il fatto che il consiglio di famiglia, il quale agisce per la nullità del matrimonio, sia composto in modo diverso da quello cui si sarebbe dovuto chiedere il consenso.* II, 459

455. *Il matrimonio del figlio naturale, contratto senza il consenso di un tutore* ad hoc, *come esige l'articolo 159, non può essere impugnato, perchè l'articolo 182 non attribuisce azione a chicchessia.* II, 460

Sic HUC, v. II, n. 130; — AUBRY e RAU, v. V, § 462, p. 81, nota 73.

Contra: DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 257-258.

456 A. *La conferma del matrimonio, fatta dall'ascendente il cui consenso era necessario, sana il vizio che rendeva nullo il matrimonio, il quale non può più essere impugnato da chicchessia. La conferma può essere espressa o tacita e la questione relativa alla sua esistenza è puramente di fatto: essa esiste legalmente se l'ascendente ha lasciato trascorrere, senza agire, un anno dal momento in cui ebbe notizia del matrimonio* (art. 183). II 461-462

Sic DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 259; — HUC, v. II, n. 132.

Rispetto al carattere della conferma tacita, Bruxelles, 30 luglio 1887, *Pasic.*, 1888, II, 97; *J. Trib.*, 1887, 1134; — Lyon, 18 gennaio 1894, D. P., 1894, 2, 222; — 24 febbraio 1881, D. P., 1881, 2, 199; — Cass., Fr., 8 marzo 1875. D. P., 1875, 1, 482; *J. Pal.*, 1875, 397; — Parigi, 20 gennaio 1873, D. P., 1873, 2, 59; *J. Pal.*, 1873, 721.

Cfr. *infra*, n. 457 A.

456 B. La nullità è sanata quando sia decorso, dice l'articolo 183, « un anno senza reclamo ». Il reclamo di cui qui si tratta, è evidentemente quello che gli ascendenti hanno diritto di fare in forza dell'articolo 183, vale a dire l'azione di nullità. La nullità è quindi sanata allorchè i parenti il cui consenso era necessario non abbiano agito giudizialmente per la nullità del matrimonio entro l'anno dal giorno in cui ne ebbero notizia.

Si potrebbe obbiettare che la legge ha considerato l'inazione dei parenti come una tacita approvazione; perciò la nullità non sarebbe provata quando dal loro contegno risultasse che non intesero di approvare le nozze: tale sarebbe il caso in cui avessero notificato agli sposi di non voler accondiscendere alla loro unione. È certo che l'inazione dei parenti fu considerata dagli autori della legge come una tacita approvazione; ma, contemporaneamente, costoro indicarono un termine entro il quale i parenti debbono reclamare, perchè essi, secondo l'espressione del primo console, « non debbono rimanere neutrali ». In altri termini, si volle ch'essi chieggano, entro il termine d'un anno, la nullità del matrimonio, non essendo lecito che la validità di quest'ultimo rimanga troppo a lungo in discussione.

La lettera dell'articolo 183 reca indizio di questa intenzione del legislatore, perchè distingue la mancanza di reclamo entro l'anno dell'approvazione tacita.

Sic trib. Bruxelles, 4 luglio 1896, *Pasic.*, 1896, III, 287; — Lyon, 18 gennaio 1894, D. P., 1894, 2, 222.

457.A Il matrimonio, contratto senza il consenso degli ascendenti che devono prestarlo, non può essere impugnato da chicchessia, se l'ascendente, dopo la celebrazione, lo abbia confermato. Infatti il vizio, che inficiava le nozze, è scomparso.

Può accadere che l'ascendente confermi durante il corso dell'azione di nullità intentata sia dal coniuge cui era necessario il consenso, sia da un altro ascendente il cui consenso sarebbe stato bastevole.

Questa conferma fa cadere l'azione?

Bisogna distinguere secondo che l'azione di nullità sia intentata da un altro ascendente o dallo sposo.

Se attore è l'ascendente, l'azione rimane estinta. Il diritto che appartiene ad uno degli ascendenti di domandare la nullità non toglie agli altri ascendenti quello di confermare il matrimonio sino a tanto che la nullità non sia pronunziata; ne viene che la conferma fatta da uno degli ascendenti il cui consenso era necessario alle nozze, durante il corso del giudizio di nullità intentato dall'altra linea, deve produrre i suoi effetti e rendere il matrimonio inattaccabile. Dal momento che questo consenso è intervenuto, l'unione cessa di essere viziata e riunisce tutte le condizioni richieste per la sua validità (*supra*, nn. 452, 456A).

Diversamente è a dire se la nullità sia domandata dal coniuge.

Infatti, l'azione di nullità è accordata al figlio perchè si presume, quando agì contro la volontà dell'ascendente il cui consenso era necessario, che non abbia consentito nella pienezza delle sue facoltà. « Si presume », dice il Laurent, ripetendo un'espressione del Pothier, « che abbia ceduto alla seduzione ». In realtà dunque egli può agire in nullità perchè il consenso, da lui prestato al matrimonio, era viziato.

Se ha invocata la nullità, è perchè, meglio illuminato, non consente più. Per conseguenza, la conferma del matrimonio fatta dagli ascendenti diviene inefficace a rendere perfetto il matrimonio, mancando ormai un'altra condizione necessaria al perfezionamento di questo, il consenso dello sposo. In altri termini, per rendere inattaccabile il matrimonio, occorre il concorso del consenso dell'ascendente e di quello del coniuge; se l'ascendente conferma prima che lo sposo abbia agito in nullità, il concorso si è verificato, e il matrimonio è divenuto perfetto; se al contrario l'ascendente non confermò se non dopo l'azione di nullità, il concorso non si verifica più, perchè il vizio che inficiava il consenso del coniuge produsse il suo effetto; lo sposo potrà quindi persistere nella sua domanda.

Rispetto alla nullità invocata da un ascendente, *sic* Parigi, 1 febbraio 1894, D. P., 1894, 2, 456; — Aubry e Rau, t. V, § 462, p. 76, nota 47. — Cfr. Huc, v. II, n. 130.

Rispetto alla nullità chiesta dal coniuge, *sic* Aubry e Rau, v. V, § 462, p. 77, note 57. — *Contra:* Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 260.

457B. Il figlio è passato a nozze senza il consenso di nessuno degli ascendenti; dopo il matrimonio, l'ascendente di una delle due linee lo ratifica. Questa ratifica impedisce all'altra linea di chiedere la nullità, o fa cadere la domanda già promossa?

Il matrimonio poteva essere impugnato perchè affetto da un vizio: una delle due linee non aveva consentito.

Questo vizio fu sanato colla conferma. Nessuno può dunque più impugnare il matrimonio (*supra*, nn. 456A, 457).

Sic Huc, v. II, n. 130. — *Contra:* Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 253. — Cfr. Aubry e Rau, v. V, § 462, p. 76, nota 47.

II, 463

458. *La conferma del consiglio di famiglia può risultare da una deliberazione espressa o dalla inazione potrattasi per un anno dopo una delibera che implicava la conoscenza del seguito matrimonio.*

II, 464-465.

459. *Il coniuge cui occorreva il consenso, può, dopo aver raggiunta l'età in cui è abile al matrimonio senza l'assentimento degli ascendenti o della famiglia, confermare il matrimonio sia in modo espresso, sia in modo tacito lasciando trascorrere un anno.*

Non è possibile alcun'altra conferma tacita.

Sic Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 262 a 269; — Huc, v. II, n. 132. — Cfr. Aubry e Rau, v. V, § 462, p. 79.

II, 466

460. *Poichè la conferma da parte del figlio non fa scomparire il vizio che inficiava il matrimonio, la legge non ammise che questa conferma estingua l'azione degli ascendenti* (art. 183).

Da ciò risulta che l'ascendente può agire in nullità anche dopo che il matrimonio sia disciolto per la morte del coniuge.

Sic Bruxelles, 30 luglio 1887, *Pasic.*, 1888, II, 97.
Cfr. al testo Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 264; — Huc, v. II, n. 132 — Aubry e Rau, v. V, § 462, p. 77.

461. È spirato il termine stabilito per intentare l'azione di nullità senza che il coniuge abbia agito.

Potrà egli opporre, in via d'eccezione, la nullità che non gli è più concesso di chiedere direttamente?

Evidentemente no.

Non avendo intentata l'azione entro l'anno dal giorno in cui è divenuto abile a contrar matrimonio senza il consenso degli ascendenti o della famiglia, ha confermato tacitamente le nozze: queste sono divenute perfette riguardo al coniuge (*supra*, n. 459), e egli non può più quindi eccepirne la nullità.

Cfr. DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 265.

Sezione III. — Delle nullità assolute.

§ 1. DELL'IMPUBERTÀ.

II 467-471

462. *L'impubertà è una causa di nullità assoluta, dappoichè la legge esige pel matrimonio una determinata età per considerazioni di interesse sociale.*

Questa nullità può essere sanata mediante una conferma espressa o tacita del coniuge divenuto pubere.

La nullità non può più essere domandata scorsi sei mesi dacchè lo sposo impubere ha raggiunta l'età legale della pubertà, vi sia stata o no contestazione, nè dopo che la donna, legalmente impubere, abbia concepito.

L'ascendente o il consiglio di famiglia il cui consenso doveva essere richiesto pel matrimonio e che lo ha accordato, non possono agire in nullità; se non era necessario chiedere il loro consenso, potranno agire anche quando abbiano approvato il matrimonio (art. 184 a 186 del cod. civ.).

Sic. DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 285 a 288; — HUC, v. II, n. 140; AUBRY e RAU, v. V, § 461, p. 62.

§ 2. Della bigamia.

II. 472-473

463. *La domanda di nullità fondata sulla bigamia può essere intentata anche dopo la prescrizione dell'azione pubblica pel delitto di bigamia. Per la sua ammissione è necessario anzitutto che l'attore provi l'esistenza di un primo matrimonio valido.*

Sic Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 290-291; — Huc, v. II, n. 142-145.

§ 3. Dell'incesto.

II, 474

464. *Può chiedersi la nullità del matrimonio incestuoso anche se, dopo la celebrazione, l'impedimento sia stato tolto mediante dispensa.*

Sic Huc, v. II, n. 147.

§ 4. Della clandestinità.

N. 1. Della mancanza di pubblicità.

II, 475-480

465. *È valido il matrimonio celebrato pubblicamente e poscia tenuto segreto.*

È nullo invece il matrimonio che non fu celebrato pubblicamente. Il giudice ha un potere discrezionale d'apprezzare se la celebrazione non fu pubblica, in ispecie perchè le nozze non furono contratte nella casa comunale o ebbero luogo senza testimoni. Il vizio della clandestinità non può essere sanato; ma per giudicare della sua esistenza, i tribunali terranno conto della pubblicità che il matrimonio ebbe dopo la celebrazione. La sola mancanza della pubblicazione non rende il matrimonio clandestino, perchè questa circostanza è estranea alla celebrazione; può però valere come indizio per valutare se vi sia stata tale clandestinità.

Sic trib. Anversa, 19 marzo 1892, *Pand. Belges*, 1892, 1706; — Gand, 14 dicembre 1880, *Pasic.*, 1881, II, 53; *Belg. Jud.*, 1881, 48; — trib. Gand, 14 aprile 1877, *Belg. jud.*, 1878, 79; — Cass. Fr., 15 giugno 1887, D. P., 1888,

1, 412; SIR., 1890, 1, 446; *J. Pal.*, 1890, 1079; — Orleans, 14 aprile 1886, D. P., 1887, 2, 95; SIR., 1886, 2, 191; *J. Pal.*, 1886, 1, 1089: — Lyon, 24 febbraio 1881, *J. Pal.*, 1883, 193; D. P., 1881, 2, 199; SIR., 1883, 2, 18; — 28 febbraio 1880, SIR., 1881, 1, 349; *J. Pal.*, 1881, 854; — Aix, 18 agosto 1870, *J. Pal.*, 1872, 351; SIR., 1872, 2, 69; D: P., 1871, 2, 249; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 294, 296 e 301; — HUC, v. II, n. 154 a 157.

. 2. DELL'INCOMPETENZA DELL'UFFICIALE DELLO STATO CIVILE.

466. *L'incompetenza dell'ufficiale dello stato civile è una causa di nullità diversa dalla clandestinità; ha però influenza su questa, in quanto la presenza del competente ufficiale dello stato civile contribuirà a far ritenere che il matrimonio fu celebrato pubblicamente.* II. 481

Sic DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Mariage*, n. 297-298; — AUBRY e RAU, v. V, § 467, nota 1; — HUC, v. II, n. 153.

Cfr. Lyon, 24 febbraio 1881, D. P., 1881, 2, 199; *J. Pal.*, 1883, 193; — Angers, 13 maggio 1875, D. P., 1876, 1, 157; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 136.

467. *L'articolo 191 contempla tanto la incompetenza personale dell'ufficiale dello stato civile, quanto la sua incompetenza territoriale, vale a dire il caso in cui, pur essendo competente rispetto alle persone, procede al matrimonio fuori dei limiti del comune in cui esercita le sue funzioni; il tribunale gode di un potere d'apprezzamento per decidere se l'incompetenza dell'ufficiale dello stato civile sia causa di nullità.* II. 482-483

Non possiamo aderire a questa tesi.

L'ufficiale dello stato civile non può ricevere validamente un atto dello stato civile fuori del comune in cui è chiamato a disimpegnare le proprie funzioni.

I suoi poteri, come ufficiale dello stato civile, gli derivano dalla qualità di funzionario comunale (*supra*, n. 239), e cessano, al pari di questa, ai confini del comune. Come il capo della polizia municipale non potrebbe dare disposizioni relative alla pubblica sicurezza fuori del comune in cui risiede, così non gli è lecito, se riveste contemporaneamente la carica di ufficiale

dello stato civile, di erigere atti dello stato civile relativi ai suoi concittadini, oltre i limiti del proprio comune: tanto i decreti che emanasse per misura di sicurezza, quanto gli atti dello stato civile che si permettesse di ricevere sarebbero inesistenti (*supra*, n. 248). Da ciò risulta che, se celebra un matrimonio, il medesimo è inesistente come sarebbe quello celebrato da un privato cittadino (*supra*, n. 354). In tali condizioni, non può certo parlarsi di una facoltà di apprezzamento lasciata al giudice. Certo che il codice permette al tribunale di decidere, secondo le circostanze della causa, se l'incompetenza dell'ufficiale dello stato civile produce la nullità del matrimonio. Però questa disposizione suppone un ufficiale dello stato civile che, in relazione alle norme di competenza stabilite dalla legge rispetto alla celebrazione del matrimonio, non abbia veste per celebrare un matrimonio determinato. Ma l'ufficiale dello stato civile non è che un semplice privato fuori del territorio del suo comune. Non si tratta più di vedere se un ufficiale dello stato civile sia o non sia competente: manca l'ufficiale dello stato civile.

Contra **e conforme al testo, DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 299; — HUC, v. II, n. 155; — AUBRY e RAU, v. V, § 467, p. 114 e seg.**

§ 5. Vi sono altre cause di nullità?

II, 484 **468.** *Non vi hanno cause di nullità oltre quelle stabilite nel capo IV del titolo* Del matrimonio. *Non potrà quindi essere annullato il matrimonio contratto malgrado gli impedimenti che resultano dagli articoli 228, 348 del codice, o i divieti contemplati nel titolo* Del divorzio.

Sic **AUBRY e RAU, v. V, § 463, p. 382, note 3 e 4; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 309 a 311; il quale ritiene però che si possa invocare la nullità in caso di violazione dell'articolo 348.**

II, 485 **469.** *Non può chiedersi la nullità del matrimonio contratto per procuratore se, al momento della celebrazione, il mandato non era revocato; se vi fu revoca, il matrimonio è inesistente.*

Sic. DALL., *Rép. Suppl.*, v. *Mariage*, n. 189.

470. *Non è causa di nullità il rifiuto di procedere al matrimonio religioso.* II, 486

Sic trib. Bruxelles, 31 marzo 1888, *Pasic.*, 1888, III, 233; *Belg. jud.*, 1888, 666; *J. Trib.*, 1888, 6117; *J. Pal.* 1888, 2, 31; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 312.

Riguardo alla questione di sapere se possa essere causa di divorzio, LAURENT, vol. III, n. 196.

§ 6. DELL'AZIONE DI NULLITÀ.

471. *Quando si tratti di nullità assoluta, l'azione relativa appartiene ad entrambi gli sposi, siano o no in colpa; concorrentemente ed anche per un semplice interesse morale, a tutti gli ascendenti dell'uno o dell'altro, salvo la restrizione che risulta dall'articolo 186.* II, 487-490

Sic DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 267-268; — HUC, v. II, n. 135-136; — AUBRY e RAU, v. V, § 461, p. 59.

472. *Trattandosi di nullità assoluta, l'azione spetta pure al consiglio di famiglia, a meno che sia fondata sulla clandestinità* (art. 184-186). II, 491

Sic DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 268, che concede l'azione anche in caso di clandestinità.

473. *L'azione fondata sopra una nullità assoluta appartiene, anche durante la vita dei coniugi, ai collaterali, ai figli del primo letto e ai terzi, purchè vi abbiano un interesse pecuniario nato e attuale* (art. 184-187). II, 492-494

Esiste un figlio naturale: i suoi genitori si maritarono senza riconoscerlo; poscia fanno celebrare una seconda volta il loro matrimonio e, in questa occasione, riconoscono il figlio. Costui ha diritto, per applicazione dei principii esposti nel testo, di invocare la nullità del precedente matrimonio dei suoi genitori se i terzi lo adducono per contestare la di lui legittimità.

In forza degli stessi principii deve essere dichiarato irricevibile la domanda di nullità del secondo matrimonio del suo ex-coniuge, intentata dallo sposo che ottenne il divorzio e che non prova d'avere un interesse pecuniario attuale all'annullamento.

Riguardo al primo caso, *sic* Cass. fr., 14 giugno 1887, *J. Pal.*, 1890, 1, 1079; Sir., 1890, 1, 446; D. P., 1888, 1, 412; — Orléans, 14 aprile 1886, D. P., 1887, 2, 95; *J. Pal.*, 1886, 1, 1089; Sir., 1886, 2, 191; — Cass. fr., 20 aprile 1885, *J. Pal.*, 1886, 1, 745; Sir., 1886, 1, 313; D. P., 1886, 1, 23.

Quanto al secondo caso *sic* Cass. fr., 24 maggio 1892, *J. Pal.* e Sir., 1892, 1, 299; D. P., 1893, 1, 412; — Lione, 3 luglio 1890, Sir., 1891, 2, 246; *J. Pal.*, 1891, 1, 1365.

Conforme al testo, Cass. fr., 25 marzo 1889, Sir., 1890, 1, 145; *J. Pal.*, 1890, 1, 353; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, nn. 269-270; — Huc, v. II, nn. 137-139; — Aubry e Rau, v. V, § 461, p. 60.

474. Crediamo utile di ricordare qui la disposizione dell'articolo 188, che concede al coniuge in danno del quale è stato contratto un secondo matrimonio, il diritto di chiederne la nullità.

II, 495-496

475. *In tutti i casi di nullità assoluta, l'azione appartiene al pubblico ministero. La sua azione è facoltativa, anche nelle ipotesi contemplate dall'articolo 184; il testo di questa disposizione non ha altro scopo che d'imporre al ministero pubblico l'obbligo di agire durante la vita dei coniugi. In caso di bigamia, la sua azione è esercibile anche dopo la morte dello sposo a danno del quale fu contratto il matrimonio, non avendo la legge stabilita al riguardo nessuna eccezione d'inammissibilità.*

***Sic* Huc, v. II, n. 148, e, salvo pel caso di bigamia, Aubry e Rau, v. V, § 561, p. 60-61, nota 23; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, nn. 273 a 275.**

II, 497-498

476. *L'azione del pubblico ministero in materia di nullità di matrimonio è racchiusa nei limiti stabiliti dal codice e non lo autorizza ad appellare contro la sentenza che abbia annullato un matrimonio, in forza dell'articolo 46 della legge del 20 aprile 1810.*

Conforme al testo, HUC, v. II, n. 149.

Contra: Chambéry, 7 febbraio 1885, D. P., 1885, 2, 241; *J. Pal.*, 1886, 1214, e le autorità citate, *supra*, nn. 253 e 425.

477. *Le nullità assolute, ad eccezione di quella resultante dall'impubertà, non possono essere sanate. L'azione è imprescrittibile, anche quella dei collaterali, ma costoro non possono più agire quando cessano di avervi interesse.* II, 499-500

Riguardo all'impubertà, v. *supra*, n. 462.

Quanto all'effetto dal possesso di stato, v. *infra*, n. 492 e sgg.

Relativamente all'effetto dell'assenza, v. *supra*, n. 349.

Conforme al testo, DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, nn. 279 a 281; — HUC, v. II, n. 158; — AUBRY e RAU, v. V, § 461, p. 63 e s.

Riguardo all'imprescrittibilità dell'azione, *sic* Chambéry, 7 febbraio 1885, D. P., 1885, 2, 241; *J. Pal.*, 1886, 1214.

Sezione IV. — Effetti dell'annullamento.

§ 1. DEL MATRIMONIO PUTATIVO.

478. *Il matrimonio putativo è quello di cui il tribunale pronuncia l'annullamento, ma che fu contratto in buona fede da uno dei coniugi o da entrambi.* II, 501-505

La buona fede esiste se uno degli sposi ignorava la causa che ostacolava le nozze: non influisce la circostanza che l'errore in cui versava lo sposo fosse di fatto o di diritto.

Per aversi il matrimonio putativo, basta che la buona fede esista al momento della celebrazione.

Sic DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 318-324; — HUC, v. II, n. 160; — AUBRY e RAU, v. V, § 460, p. 49.

Riguardo agli effetti dell'errore di diritto, *sic* trib. Bruxelles, 15 dicembre 1886, *Pasic.*; 1887, III, 177; *J. Trib.*, 1887, 399; *Belg. jud.*, 1887, 526; — Rouen, 6 aprile 1887. D. P., 1889, 2, 17; Lione, 24 febbraio 1881, D. P., 1881, 2, 199; *J. Pal.*, 1883, 193; — Algeri, 26 maggio 1879, *J. Pal.*, 1879, 1123; SIR., 1879, 2, 281.

479. *Chi sostiene che, in deroga al diritto comune, un matrimonio annullato produsse effetti perchè contratto in buona fede, deve provare la buona fede, si tratti di un errore di* II. 506

diritto o di un errore di fatto. Invero, la legge non ha stabilita presunzione alcuna; l'articolo 2268 non è applicabile perchè concerne l'usucapione e dev'essere interpretato ristrettivamente: per di più, non esiste veruna analogia fra la prescrizione e il matrimonio.

Sic trib. Bruxelles, 15 dicembre 1886, *Pasic.*, 1887, III, 177; *J. Trib.*, 1887, 399; *Belg. jud.*, 1887, 526; — Agen, 14 giugno 1890, Sir., e *J. Pal.*, 1893, 2, 4; — Huc, v. II, n. 160; — Baudry-Lacantinerie, v. I, n. 545.

Contra: Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 323.

Cfr. Aubry e Rau, v. V, § 460, p. 59, i quali ammettono la presunzione della buona fede trattandosi di un errore di fatto.

§ 2. Effetti del matrimonio putativo.

II, 507 **480.** *Il matrimonio putativo produce tutti gli effetti che sarebbero derivati da un matrimonio legittimo il quale venisse sciolto il giorno in cui fu pronunziata la sentenza d'annullamento.*

N. 1. Effetti del matrimonio putativo riguardo ai figli.

II, 508-509 **481.** *Anche nel caso in cui uno dei coniugi fosse in mala fede, i figli sono legittimi e godono di tutti i diritti che la legge attribuisce alla legittimità. Il matrimonio putativo opera la legittimazione nei casi in cui questa sarebbe stata la conseguenza di un matrimonio valido.*

Sic Huc, v. II, n. 167; — Aubry e Rau, v. V, § 460, p. 50, nota 12; — Baudry-Lacantinerie, v. I, n. 551.

Contra: quanto alla legittimazione, Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 330.

N. 2. Effetti del matrimonio putativo relativamente ai coniugi entrambi di buona fede.

II, 510 **482.** *I coniugi hanno tutti i diritti che risultano da un matrimonio legale e che sono sorti prima dell'annullamento: applicando per analogia l'articolo 301, lo sposo privo di mezzi può pretendere una pensione alimentare, perchè dovette far calcolo sulla sussistenza che gli assicura il matrimonio.*

Non possiamo aderire a quest'ultima tesi.

Il Laurent applica analogicamente al matrimonio putativo l'articolo 301, perchè considera tale disposizione come una conseguenza degli articoli 212 e 214 che stabiliscono l'obbligo alimentare fra coniugi.

Ora, vedremo come sia questo un errore: l'articolo 301 si spiega colla condizione particolare del coniuge che ottenne il divorzio, condizione che non è punto analoga a quella che si crea quando entrambi i coniugi contrassero, in buona fede, un matrimonio putativo (*infra*, LAURENT, III, n. 308 sgg.).

Il matrimonio putativo produce tutti gli effetti che risulterebbero da un matrimonio legale, disciolto il giorno in cui vien pronunziata la sentenza d'annullamento (*supra*, n. 480): una volta risoluto il matrimonio, più non sussiste l'obbligo alimentare fra coniugi; per conseguenza, l'un d'essi non può, invocando simile obbligazione, pretendere dall'altro una pensione a titolo d'alimenti.

È certo però che la nostra questione è indipendente da quella se il coniuge, il quale, contraendo un matrimonio nullo, fu vittima di una colpa commessa dall'altro, non possa, in forza dell'articolo 1382, chiedere il risarcimento del danno cagionatogli.

Sic Alger, 26 maggio 1879, D. P., 1880, 2, 161; SIR., 1879, 2, 281; *J. Pal.*, 1879, 1123; — HUC, v. II, n. 164; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 326; — BAUDRY-LACANTINERIE, v. I, n. 553. — *Contra:* Parigi, 16 gennaio 1895 (non motivata), D. P., 1895, 2, 518.

Cfr. Rouen, 9 aprile 1887, *J. Pal.*, 1887, 1235; SIR., 1887, 2, 235.

483. Per applicazione del medesimo principio, la donazione, fatta da uno dei coniugi in buona fede, ad un terzo, è revocata per la sopravvenienza d'un figlio nato dal matrimonio: infatti, questa revoca non costituisce una delle conseguenze delle nozze.

Sic HUC, v. II, n. 168.

484. *I coniugi conservano il diritto di successione stabilito dall'articolo 767, sebbene sia questo un effetto posteriore all'annullamento delle nozze: non vi ha punto ragione di distinguere fra loro e i figli nati dal matrimonio.* II, 511

È questo, senza dubbio, un errore del Laurent.

Vi ha una ragione evidente per distinguere tra i coniugi e i figli. Costoro, malgrado l'annullamento del matrimonio, conservano la loro qualità di figli legittimi, e il diritto ereditario che ne scaturisce perdura conseguentemente a loro vantaggio. Gli sposi, al contrario perdono. per effetto dell'annullamento, la loro qualità di coniugi, e quindi il diritto di successione, che deriva dalla medesima, si estingue.

Sic DALL.. *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 325; — AUBRY e RAU, v. V, § 460, p. 52; — HUC, v. II, n. 164; — BAUDRY-LACANTINERIE, v. I, 552 *bis*.
V. nn. 481 e 482.

N. 3. EFFETTI DEL MATRIMONIO PUTATIVO RISPETTO AI CONIUGI SE UNO SOLO DI QUESTI È IN BUONA FEDE.

II, 512-513

485. *Quando uno solo dei coniugi è in buona fede, i vantaggi del matrimonio putativo non si verificano che in favore di lui. Egli solo può dunque trarr profitto delle donazioni reciproche e invocare le convenzioni nuziali; egli ha diritto di rinunziare a questi vantaggi e di chiedere che la liquidazione della società di beni segua a norma del diritto comune, astraendo dal contratto di matrimonio. Siccome la comunione non sussiste rispetto alla moglie in mala fede, non potrà costei accampare la sua qualità di moglie sotto il regime della comunione per rinunziare alla medesima, qualora il marito abbia optato perchè la liquidazione sia fatta secondo le regole della comunione.*

Quest'ultima opinione non può essere accolta.

Basta il fatto che il marito abbia optato perchè la liquidazione segua secondo le regole della comunione per attribuire il diritto d'invocare queste medesime regole al fine di rinunziare alla comunione. Dalla circostanza che il marito di buona fede può rinunziare ai vantaggi del matrimonio putativo, deriva unicamente ch'egli può scegliere fra la liquidazione degli

interessi comuni come se il matrimonio non fosse stato contratto ovvero come se questo abbia sempre esistito: egli non può applicare contemporaneamente quanto, dei due modi di liquidazione, gli riesce più favorevole.

Sic Bruxelles, 23 luglio 1891, *Pasic.*, 1892, II, 221; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 327; — AUBRY e RAU, v. V, § 460, p. 52; — HUC, v. II, n. 166.

486. *Le donazioni, fatte da un terzo al coniuge di mala fede, non vengono conservate, vi siano o no figli nati dal matrimonio.*

II, 514

Se la liberalità consiste in una istituzione contrattuale e dal matrimonio nacquero figli, la donazione gioverà a questi.

Sic HUC, v. II, n. 68. — Cfr. DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 329; — AUBRY e RAU, v. V, § 460, p. 53.

§ 3. EFFETTI DEL MATRIMONIO INESISTENTE.

487. *I principi che regolano il matrimonio putativo non sono applicabili a quello inesistente.*

II, 515

Infatti, l'articolo 201 contempla soltanto il matrimonio annullato; il capo che lo contiene non si occupa che dei casi di nullità, ed è contrario ai principii generali l'attribuire effetti a un atto inesistente.

La questione è delicatissima.

Gli argomenti letterali, addotti dal Laurent, non avrebbero valore se non in quanto la distinzione fra atti nulli ed inesistenti fosse stata chiaramente compresa dagli autori del codice e li avesse guidati nella redazione dal titolo *Del matrimonio*. Ora è certo, e lo dimostra il Laurent, che ciò non avvenne (*supra*, n. 354). Se dunque nell'articolo 201 si parla esclusivamente del matrimonio dichiarato nullo e non si fa cenno di quello inesistente, nessuna deduzione può trarsene in favore della tesi del Laurent.

D'altro canto, può dirsi che l'articolo 201 sia applicabile al matrimonio inesistente pel motivo appunto che ha per oggetto

di regolare una situazione, identica a quella che si verifica nel caso di matrimonio inesistente. Infatti, pronunziata la nullità, questa agisce retroattivamente in guisa da distruggere tutti gli effetti giuridici che il matrimonio produce (*supra*, n. 443); in realtà essa fa che il matrimonio si reputi come non mai esistito. Interviene allora l'articolo 201 a termini del quale un matrimonio che non ebbe esistenza per effetto dell'annullamento, è invece reputato esistere in causa della buona fede d'uno dei coniugi. L'articolo 201 è dunque dettato per porre rimedio alle conseguenze della inesistenza d'un matrimonio, contratto in buona fede; perciò dovrebbe applicarsi a tutti i casi di inesistenza, risulti questa dall'annullamento o si verifichi di pien diritto.

Con tutto ciò crediamo di dover aderire alla tesi formulata dal Laurent.

Se l'annullamento rende inesistente il matrimonio, non è meno vero peraltro che, fino a quel momento, le nozze hanno esistito e produssero i loro effetti; per l'opposto, il matrimonio inesistente non ebbe mai vita e non potè produrre un effetto qualsiasi. Lo stato che sorge dal matrimonio semplicemente annullabile riunisce le condizioni dello stato nuziale; per questo appunto produce i suoi effetti fino all'annullamento; potrebbe anzi dirsi ch'esso creerebbe lo stato di matrimonio qualora non esistesse una regola legislativa vietante che in determinate condizioni possa sorgere detto stato. Al contrario, il matrimonio è inesistente allorchè manca proprio una delle condizioni necessarie allo stato nuziale, non perchè la legge vieti di crearlo così, ma perchè fa difetto la materia necessaria alla sua esistenza (*supra*, n. 354). Fra matrimonio inesistente e matrimonio annullabile, anche dopo l'annullamento, corre dunque una profonda differenza essenziale che impedisce qualsivoglia assimilazione.

La caratteristica del matrimonio inesistente consiste in ciò, ch'esso è tale di pien diritto. Due persone, credendo in buona fede di poter contrarre validamente le nozze dinnanzi a un privato cittadino, dichiarano a un terzo che sanno non rivestire alcun carattere pubblico, di voler essere marito e moglie. In questo caso, come abbiamo veduto (n. 354), non esiste matrimonio, giacchè fa difetto una delle condizioni richieste per po-

tersi formare lo stato nuziale. Non vi fu mai matrimonio; non sorse mai alcuna legittima conseguenza dall'unione, poco importa se sia intervenuta una pronunzia di magistrato per dichiarare questa inesistenza del matrimonio. Posto ciò, come sarebbe possibile applicare a tale ipotesi le regole sul matrimonio putativo, regole che implicano un matrimonio onde sorsero effetti e che hanno precisamente per iscopo di mantenere le conseguenze delle nozze, prodottesi prima della sentenza di annullamento?

In caso di matrimonio annullabile, le norme sul matrimonio putativo si limitano a conservare effetti già verificatisi: per renderle applicabili alle nozze inesistenti, bisognerebbe, mediante una finzione che la legge non ha stabilita, considerare che il matrimonio abbia prodotto effetti, mentre in realtà non ne produsse alcuno.

Sic AUBRY e RAU, v V, § 460, p. 47; — HUC, v. II, n. 161 e seg.

Contra: Bruxelles, 15 dicembre 1886, *Pasic.*, 1887, III, 177; *J. Trib.*, 1887, 399; *Belg. jud.*, 1887, 526; *Pasic. fr.*, 1887, V, 9; — Bordeaux, 5 febbraio 1883, DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 319, nota 1.

Cfr. Alger, 26 maggio 1879, *J. Pal.*, 1879, 1123; SIR., 1879, 2, 281; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 320.

Sezione V. — Della prova del matrimonio.

§ 1. DELL'ATTO DI CELEBRAZIONE.

488. *Allorchè siano controversi la qualità di coniuge e gli effetti civili del matrimonio, questo può essere provato soltanto colla produzione dell'atto di celebrazione, inscritto nel registro dello stato civile, salvo il caso preveduto dall'articolo 46 del codice.* III, 1-3

Quando debbasi invece stabilire il semplice fatto del matrimonio, questo può essere provato come qualunque altro fatto: così accade nell'ipotesi che il marito debba, per sottrarsi all'obbligo di corrispondere una pensione, dimostrare che la moglie dalla quale fece divorzio, è passata a nuove nozze.

Sul primo punto: trib. Bruxelles, 6 febbraio 1897, *Pasic.*, 1897, III, 89; — Douai, 17 febbraio 1894, D. P., 1895, 2, 87; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 211.

III, 4-5 **489**. *L'atto di celebrazione è richiesto, non per la validità del matrimonio, ma come prova del medesimo. Se furono osservate le formalità essenziali del matrimonio, questo sarà valido anche se l'atto formato dall'ufficiale dello stato civile non faccia menzione di tale osservanza.*

La validità dell'atto di celebrazione si giudica alla stregua delle norme generali intorno alla validità degli atti dello stato civile.

Applicando questa regola, bisogna decidere che l'atto di matrimonio, scritto sopra un semplice foglio volante, non è, in massima, nullo e destituito di efficacia probatoria (*supra*, n. 257).

È vero che l'articolo 194 esige formalmente la produzione di un atto di celebrazione inscritto nei registri dello stato civile. Ma da questa disposizione non deriva una differenza fra l'atto di matrimonio e gli altri atti dello stato civile. La legge vuole che qualsiasi atto dello stato civile venga inscritto nei registri, e conseguentemente, quando esige la produzione di un atto dello stato civile, lo suppone sempre inscritto nei registri.

In realtà la questione consiste nel sapere quando una irregolarità in un atto dello stato civile ne produca la nullità; su questo punto la legge non fa distinzione fra atti di nascita, di matrimonio o di morte.

V. Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Acte de l'état civil*, n. 41 e *Mariage*, n. 211. *Contra*: Aubry e Rau, v. I, § 61, p. 217.

III, 6-7 **490**. *Quando vien prodotto l'atto di celebrazione, il possesso di stato sana le nullità del medesimo rispetto ai coniugi; ma, come prova la lettera dell'articolo 196, al pari delle disposizioni precedenti e successive, l'eccezione d'inammissibilità dal medesimo stabilita è estranea alle nullità che affettano, non l'atto di celebrazione, sibbene l'istesso matrimonio.*

Sic trib. Bruxelles, 16 luglio 1887, *Pasic.*, 1888, III, 248; — Huc, v. II, n. 174 a 178; — Baudry-Lacantinerie, v. I, n. 502.

Contra: Gand, 21 aprile 1888, *Pasic.*, 1888, II, 386; — Paris, 24 aprile 1874, Sir., 1875, 2, 49; *J. Pal.*, 1875, 231; D. P., 1875, 2, 9; — Aubry e Rau, v. V, § 467, p. 118, nota 30; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 282 e s., il quale, pure ammettendo il principio stabilito dal Laurent, insegna che l'articolo 196 si applica anche alle nullità del matrimonio che risultano dalla mancanza di pubblicazione o dall'incompetenza dell'ufficiale dello stato civile.

Sic, quanto alla massima, Toulouse, 26 aprile 1893, Sir., *J. Pal.*, 1896, 2, 252; D. P., 1894, 2, 556.

V. le autorità citate, *infra*, n. 504.

491. Se l'articolo 196 parla soltanto dei coniugi e costituisce una deroga ai principî generali, non bisogna però trarne la conseguenza che l'eccezione d'inammissibilità dal medesimo stabilita sia opponibile unicamente agli sposi.

Gli articoli 194 e 195 impongono l'obbligo di produrre l'atto di celebrazione del matrimonio, vi sia o no possesso di stato; nondimeno, soggiunge l'articolo 196, il possesso di stato varrà a sanare le nullità che si incontrassero nell'atto di celebrazione. Adunque questa disposizione completa gli articoli 194, 195; i quali, sebbene, come lo stesso 196, non menzionino che i coniugi, si applicano senza dubbio anche ai terzi; per conseguenza lo stesso sarà a dire dell'articolo 196 che fa un sol corpo coi due precedenti.

Sic Huc, v. II, n. 178. — *Contra*: Aubry e Rau, v. V, § 467, nota 31, p. 118; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 282.

§ 2. Del possesso di stato.

492. *Per dimostrare la legittimità dei figli, può supplirsi alla produzione dell'atto di matrimonio colla prova del duplice possesso di stato di cui all'articolo 197.* III, 8

L'eccezione che l'articolo 197 reca al principio secondo il quale il matrimonio si prova soltanto mercè la produzione dell'atto di celebrazione, venne stabilita esclusivamente nell'interesse della legittimità della prole; donde la conseguenza che non si può estenderla ad ipotesi in cui non sia questione di provare

questa legttimità, per esempio quando si tratti di stabilire la incapacità della donna, l'esistenza d'un vincolo di affinità.

Ma, entro tali limiti, questa regola eccezionale può invocarsi da chiunque vi abbia interesse. La legge, invero, non fa distinzione; dice, al contrario, che soddisfacendosi a tutte le condizioni da essa stabilite, la legittimità non può essere contestata: e poichè non fa differenza di sorta relativamente alle persone rispetto alle quali sorge la controversia, è chiaro che potrà essere invocata da chicchessia.

Inoltre essa costituisce un' eccezione alla regola secondo la quale deve prodursi l'atto di celebrazione del matrimonio. Questa regola vige rispetto a chiunque vi abbia interesse; occorrerebbe un testo formale per negare il diritto in qualsivoglia interessato d'invocare l'eccezione apportata alla regola; ma il testo non c'è.

Sic Cass. Fr., 28 febbraio 1872, Sir., 1872, 1, 97; *J. Pal.*, 1872, 241; D. P., 1872, 1, 97; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Paternité*, n. 149.

III, 9

493. *L' articolo 197 è inapplicabile se i genitori non sono entrambi defunti, anche quando la legittimità del figlio fosse impugnata dal superstite.*

Se vive ancora uno dei genitori, non sussiste più l'ipotesi a cui riguardo fu stabilita la regola eccezionale dell'articolo 197, perchè questa disposizione contempla il caso in cui i genitori siano morti entrambi. Convien rilevare inoltre che se entrambi i genitori sono defunti, il possesso di stato di figlio legittimo, conservato sino alla loro morte, ha evidentemente maggiore importanza che se il superstite impugni la legittimità del figlio.

Sic Huc, v. II, n. 179.
Contra: Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 216.
Cfr. Idem, *ibid.* v. *Paternité*, n. 138.

III, 10

494. *È applicabile l'articolo 197 se il padre o la madre sono assenti o versano in istato di demenza, perchè in tal caso il figlio non può apprendere dai genitori dove sia stato celebrato il matrimonio.*

Certo che, come dice il testo, se il padre o la madre sono alienati od assenti, il figlio si trova, come in caso di morte, nell'impossibilità di informarsi da loro dove sia stato contratto il matrimonio; ma dalla sussistenza di siffatta impossibilità in entrambe le ipotesi non si può mica concludere ad una identità di condizione, così da rendere applicabile l'articolo 197.

Questa disposizione esige che il figlio abbia il possesso di stato di figlio legittimo. Ma quando i genitori sono morti, salvo casi eccezionali, detta qualità è a lui quesita definitivamente.

Per l'opposto, se il padre è alienato o assente, può bene, dopo la guarigione o il ritorno, cessar dal considerare il figliuolo come legittimo, proclamarne anzi la illegittimità; e il figlio non avrà più, alla di lui morte, il possesso di stato.

Notevole è dunque la differenza fra le due ipotesi, e conseguentemente l'articolo 197, che prevede soltanto il caso di morte dei genitori, non può essere esteso all'ipotesi in cui l'uno di essi viva in istato di alienazione mentale o d'assenza.

Sic AUBRY e RAU, v. V, § 452 *bis*, nota 21, p. 19.
Contra: DALL., *Rép. Supp.*, v. *Mariage*, n. 275.
Cfr. HUC, v. II, n. 179; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Paternité*, n. 186 e s.

495. *L'articolo 197 esige la prova, da un lato che i genitori vissero pubblicamente come marito e moglie, dall'altro che il figliuolo ebbe rispetto a loro il possesso di stato di figlio legittimo* (art. 321). *Queste prove possono darsi con tutti i mezzi legali.* III, 11-12

Adunque la prova di ciascun possesso di stato deve essere fornita separatamente. Donde consegue che la prova di uno dei due possessi non può dedursi dall'esistenza dell'altro; ma nulla vieta al giudice di fondarsi sui medesimi fatti per concluderne che si verificano entrambi.

Sic Cass. Fr., 7 maggio 1873, D. P., 1873, 1, 303; *J. Pal.*, 1873, 3, 771; — AUBRY RAU, v. V, § 452 *bis*, p. 69, nota 23; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 218 e *Paternité*, n. 141 e s.

III, 13 **496.** *Per rendere applicabile l' articolo 197 non è mestieri produrre l'atto di nascita del figlio; quando sia prodotto, basta che non contraddica al possesso di stato di lui; vi contraddice se lo menziona come figlio naturale riconosciuto; diverso è il caso se lo dichiari nato da genitori ignoti.*

Sic DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 220; — AUBRY e RAU, v. V, § 552 *bis*, p. 20, nota 25; — HUC, v. II, n. 179; — BAUDRY-LACANTINERIE, v. I, n. 567.

III, 14-15 **497.** *La prova, consentita dall' articolo 197, mediante il possesso di stato, sostituisce in favore del figlio quella per atto di matrimonio; può però essere vinta da presunzioni contrarie.*

Cfr. AUBRY e RAU, v. V, § 452 *bis*, p. 21; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Paternité*, n. 143; — HUC, v. II, n. 181.

§ 3. DELLA PROVA CHE RISULTA DA UN PROCEDIMENTO PENALE.

III, 16-18 **498.** *L'articolo 198 si applica al procedimento iniziato per qualsivoglia infrazione a una legge penale, anche se non sia stato condannato l'ufficiale dello stato civile.*

L'esercizio, da parte del pubblico ministero, dell'azione pubblica nascente dall' infrazione, è retto dai principî generali; al ministero pubblico spetta inoltre l'azione civile nel caso contemplato dall'articolo 200.

Chiunque vi abbia interesse può agire a norma del diritto comune, salvo la restrizione di cui all'articolo 200 pel caso di morte del colpevole.

Sic DALL., *Rép.*, *Supp.* v. *Mariage*, n. 221 a 223; — HUC, v. II, n. 182 a 184; — BAUDRY-LACANTINERIE, v. I, n. 570, 574 e 575.
Conf. AUBRY e RAU, v. V, § 452 *bis*, p. 22 e s.

III, 19 **499.** *L'articolo 198 va inteso nel senso che la sentenza sostituisce l'atto di celebrazione nei limiti che risultano dai principii generali sulla cosa giudicata.*

È tuttora controversa la questione contro chi la sentenza abbia forza di giudicato; la soluzione della medesima dipende

dal modo d'interpretare i principii che governano la cosa giudicata in materia penale, principii che esamineremo nel commento agli articoli del codice relativi alla cosa giudicata.

Cfr. DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 225; — AUBRY e RAU, v. V, § 452 *bis*, p. 24, nota 40; — BAUDRY-LACANTINERIE, v. I, n. 579; — HUC, v. II, n. 186.

Sezione VI. — Dei matrimoni contratti all'estero.

§ 1. PRINCIPII GENERALI.

500. *Le formalità richieste per la celebrazione all'estero del matrimonio del cittadino francese sono determinate dalla legge del paese in cui viene celebrato. Nel caso in cui sia possibile stabilire il luogo in cui debbano seguire, il matrimonio va preceduto da pubblicazioni fatte in Francia conformemente agli articoli 63, 166 e 168 del codice; esso poi è sottoposto alle condizioni prescritte dagli articoli 144 a 164* (art. 170 del cod. civ.). *I matrimoni tra francesi possono pure venir celebrati all'estero dagli agenti diplomatici o dai consoli di Francia.* III, 20-25

Nel Belgio, l'articolo 178 del codice fu sostituito dalla legge del 20 maggio 1882.

Questa consacra le massime esposte dal Laurent. Nondimeno essa, come abbiamo già rilevato (*supra*, n. 241), accorda agli agenti diplomatici e ai consoli belgi, facoltà di celebrare, in paese straniero, mediante speciale autorizzazione del ministro degli affari esteri, il matrimonio fra un cittadino belga e una straniera, « giacchè tale unione costituisce l'atto iniziale d'una « famiglia esclusivamente belga » (Esposizione dei motivi). Limitando il potere degli agenti diplomatici e dei consoli ai matrimoni fra un belga e una straniera, la legge sanziona l'opinione del Laurent rispetto alla loro incompetenza a procedere al matrimonio di una cittadina belga con uno straniero.

La legge del 20 maggio 1882 conserva pure la regola che i matrimoni celebrati all'estero debbono essere pubblicati nel

Belgio in conformità alla legge belga, ad opera dell'ufficiale dello stato civile. Essa inoltre espressamente stabilisce che dovranno essere pubblicati, a norma delle leggi belghe, dagli agenti diplomatici o dai consoli nelle cancellerie in cui si procederà alla loro celebrazione; questa regola era già applicabile sotto l'impero del codice civile.

Rammenteremo qui che gli articoli 63 e sgg., 166 e sgg. del codice furono modificati nel Belgio colla legge 26 dicembre 1891 (*supra*, nn. 437 sgg.).

Conf. al testo, Lione 29 dicembre 1881, D. P., 1882, 2, 113; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 194 e s., n. 197; — HUC, v. II, n. 96 a 98; — AUBRY e RAU, v. V, § 468, p. 121 sgg.

Quanto all'applicazione della legge straniera, *sic* le autorità citate, *supra*, n. 240; — Lione, 24 febbraio 1881, D. P., 1881, 2, 199; — *J. Pal.*, 1883, 193; — Parigi, 26 gennaio 1873, SIR., 1873, 2, 177; *J. Pal.*, 1873, 721; D. P., 1873, 2, 59.

Quanto alla necessità delle condizioni intrinseche, *sic* Besançon, 4 gennaio 1888, D. P., 1889, 2, 69 e la nota.

V. pel Belgio, le circolari 13 maggio 1886 e 29 febbraio 1892, *Pasin.*, 1886, p. 122; 1892, p. 103.

501. In Francia e nel Belgio, il matrimonio fra stranieri deve essere celebrato coll'osservanza delle formalità prescritte dalle leggi francesi o belghe. Come i francesi o i belghi possono validamente maritarsi all'estero dinnanzi agli agenti diplomatici delle rispettive nazioni, così è valido, qualora ciò sia concesso dalla loro legge nazionale, il matrimonio degli stranieri celebrato in Francia in conformità alla loro legge nazionale e dinnanzi agli agenti diplomatici dei governi ai quali appartengono per vincolo di sudditanza.

È però evidente che il cittadino belga o francese non potrebbe contrarre valido matrimonio nel Belgio od in Francia davanti a un agente diplomatico straniero, poichè, in diritto civile, la finzione della extraterritorialità è riconosciuta esclusivamente in favore dei connazionali dell'agente diplomatico (*supra*, n. 241 e cfr. n. 500. 502).

Sic trib. Bruxelles, 19 febbraio 1881, *Pasicr.*, 1881, III, 94; *Belg. jud.*, 1881. 758 seg.; — Trib. Anvers, 4 agosto 1877, *Pasicr.*, 1879, III, 157; — Trib.

Seine, 2 luglio 1872, DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 196, nota 1; *Journ. de droit international privé*, 1874, 71; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 196.

502. La legge belga del 20 maggio 1882 dichiara valido il matrimonio del cittadino belga con una straniera, celebrato all'estero ad opera dell'agente diplomatico o del console belga, debitamente a ciò autorizzato (*supra*, n. 500).

Si dovrà ammettere la proposizione reciproca e ritenere che l'agente diplomatico straniero ha veste, se la sua legge nazionale glielo consente, di celebrare nel Belgio, presso la sede dell'ambasciata e in conformità alla propria legge nazionale, li matrimonio di un suo concittadino con una belga?

Crediamo che questo matrimonio sarebbe nullo nel Belgio.

La legge del 20 maggio 1882 è una legge eccezionale, creata unicamente nell' interesse dei cittadini belgi residenti in paesi « dove la diversità dei costumi e delle istituzioni presenta un ostacolo insormontabile al matrimonio dei nostri connazionali » (Esposizione dei motivi). Essa ha per iscopo di porre rimedio agli inconvenienti cui davano origine i difetti del sistema amministrativo di taluni Stati, e non dev'essere applicata, come risulta dai lavori preparatori, se non nei casi in cui « le parti « si trovano realmente nell'assoluta impossibilità di coniugarsi secondo le formalità del luogo » (Esposizione dei motivi).

Non vi è dunque ragione di applicare per reciprocità questa legge, che deroga ai principii generali, allo straniero che vuol sposare, nel Belgio, una cittadina belga e che trova nel sistema del vigente codice civile tutte le garanzie richieste al duplice fine della redazione e della buona conservazione degli atti.

Questa soluzione è suffragata da ciò che gli stessi autori della legge del 20 maggio 1882 hanno avvertito come il matrimonio celebrato nelle condizioni eccezionali prevedute dalla legge sarebbe valido soltanto nel Belgio. L'esposizione dei motivi osserva, infatti, che prima di procedere al matrimonio di un belga con una straniera, gli agenti diplomatici dovranno « informare i futuri coniugi che il loro matrimonio, celebrato « nella cancelleria consolare, è necessariamente valido solo nel « Belgio ».

Contra: STOCQUART, *Revue de droit belge*, v. I, p. 463.

§ 2. SANZIONE DELL'ARTICOLO 170.

III, 26-31

503. *I matrimoni celebrati all'estero sono soggetti al principio che non esiste nullità all'infuori di quelle ordinate da una disposizione formale nel capo IV consacrato alle domande di nullità del matrimonio: donde risulta che è valido il matrimonio celebrato all'estero nonostante la sussistenza di un impedimento proibitivo.*

La giurisprudenza ammette che il matrimonio celebrato all'estero senza essere stato preceduto dalle pubblicazioni prescritte dall'articolo 170, è nullo per causa di clandestinità quando sia stato contratto in frode alla legge. Questa giurisprudenza, se poggia su un fondamento razionale, è però contraria alla lettera della legge, poichè l'articolo 191 del codice contempla soltanto la mancanza della celebrazione pubblica del matrimonio e non il difetto delle pubblicazioni, circostanza che è anteriore alla celebrazione.

La giurisprudenza ha ragione, e l'errore del Laurent deriva da ciò ch'egli considera che coll'estendere gli articoli 191, 193 « alla mancanza delle pubblicazioni, comprendendo queste fra le « forme costitutive della pubblicità, si viene ad ampliare il « concetto legislativo » e a stabilire « una differenza fra la « mancanza di pubblicazioni pel matrimonio celebrato in Francia « e la stessa mancanza quanto ai matrimoni contratti all'e- « stero ».

L'osservazione non è fondata. Se, nell'un caso, la mancanza delle pubblicazioni produce maggiori effetti che nell'altro, ciò avviene perchè la clandestinità è una quistione di fatto, e un determinato elemento, ininfluente in certa ipotesi perchè combattuto da elementi contrari, avrà assai maggiore importanza in altra ipotesi dove questi elementi contrari non si riscontrano.

L'articolo 170 prescrive che si facciano le pubblicazioni in Francia per evitare le frodi alla legge francese. « Potrebbe « accadere » dice il Réal al Consiglio di Stato « che qualche « abitante dei paesi lungo il confine, contraesse matrimonio « all'estero in ispreto delle leggi francesi, dispensandosi così « dal comparire innanzi all'ufficiale dello stato civile ». E sog-

giungeva il Tronchet: « La formalità della pubblicazione è ba-
« sata sul principio che val meglio impedire un matrimonio
« viziato, piuttosto che annullarlo dopo celebrato; perciò la
« pubblicazione dei matrimoni si collega al pubblico interesse ».

La pubblicazione è dunque richiesta per dare pubblicità in Francia al matrimonio. È una deroga alla massima *Locus regit actum*: Il legislatore francese volle, per assicurare l'osservanza delle patrie leggi, che il matrimonio dei cittadini francesi, anche se celebrato all'estero, venisse pubblicato in Francia, e per raggiungere tale scopo hà fatto quello che unicamente era in poter suo, ordinando che le pubblicazioni seguissero anche in Francia.

Ecco che le pubblicazioni, trattandosi di matrimonio celebrato all'estero, assumono un'importanza capitale. « In Francia, in-
« segna il Laurent (n. 29), le pubblicazioni non sono altro che
« un elemento della pubblicità onde il matrimonio dev'essere
« circondato, anzi un elemento secondario, perchè non concerne
« la pubblicità della celebrazione che è la sola richiesta per la
« validità del matrimonio (art. 165, 191 e 199). Anche quando
« le nozze vengono contratte all'estero, la legge vuole che siano
« pubblicate in Francia, ma qui le pubblicazioni costituiscono
« l'unico elemento di pubblicità ».

Così essendo è palese che non si interpretano estensivamente le disposizioni degli articoli 191, 193, ammettendo che l'omissione delle pubblicazioni, vale a dire dell'unico elemento di pubblicità, può costituire mancanza di pubblicità. Le pubblicazioni del matrimonio celebrato all'estero acquistano per tal modo un'importanza che non hanno quando la celebrazione abbia luogo in Francia, ma questa importanza deriva appunto da ciò che le situazioni sono diverse e la clandestinità è una questione di fatto.

Non si deve peraltro venire alla conclusione che la mancanza delle pubblicazioni implichi sempre la nullità del matrimonio celebrato all'estero. Per produrre tale effetto, l'omissione deve importare la clandestinità; ora, dalle circostanze della causa può risultare che, malgrado la mancanza di pubblicazioni in Francia, il matrimonio fu qui notorio; in questo caso, esso sarà valido. Così decide la giurisprudenza esigendo, per pronunziare la nullità, la frode alla legge.

Giustamente adunque il Laurent insegna essere illegale il pretendere, perchè la mancanza di pubblicazioni renda nullo il matrimonio, insieme la clandestinità e la frode alla legge. Basta senza dubbio la clandestinità; ma per giudicare se esista, se derivi dalla semplice omissione delle pubblicazioni, se nel fatto il matrimonio rimase occulto in Francia, è naturale si tenga conto delle circostanze che le parti, poichè volevano violare la legge, avevano interesse a dissimulare la loro unione.

Le legge belga del 20 maggio 1882 non recò, su questo punto, alcuna modifica all'articolo 170. Da un lato, i lavori preparatorî dimostrano chiaramente ch'essa ha l'unico scopo di agevolare i matrimoni all'estero fra belgi e francesi. Dall'altro, le nuove disposizioni relative alle pubblicazioni stabiliscono: « I « matrimoni vengono pubblicati conformemente alle leggi belghe, « nel Belgio, dall'ufficiale dello stato civile e dagli agenti di- « plomatici e dai consoli nelle cancellerie nelle quali saranno ce- « lebrate le nozze ». Questa norma legislativa non dice se, in caso di violazione, vi sia nullità; conseguentemente se ne rimette ai principî generali. Il numero 5 dell'articolo unico della legge prevede, è vero, taluni casi di nullità. Ma la cosa non ha importanza. Infatti, quella disposizione non è che la riproduzione dell'altra già contenuta nell'articolo 170 a termini della quale la validità del matrimonio all'estero era subordinata all'osservanza delle disposizioni del capo I del titolo *Del matrimonio;* l'unica differenza fra il testo nuovo e l'antico è che il nuovo, conservando l'interpretazione già ammessa dalla giurisprudenza e dalla dottrina, precisa che il matrimonio è annullabile soltanto nel caso di contravvenzione alle norme prescritte a pena di nullità.

Sic Gand, 16 luglio 1896, _Pasic._, 1897, II, 75; — Anversa. 19 marzo 1892, _Pasic._, 1892, III, 254; D. P., 1895, 2, 185; — trib. Bruxelles, 8 dicembre 1888, _Pasic._, 1889, III, 202; — 16 luglio 1887, _Pasic._, 1888, III, 248; — Cass. B. 24 gennaio 1887, _Pasic._, 1887, I, 53; _Belg. jud._. 1887, 684; — Bruxelles, 19 dicembre 1885, _Pasic._, 1886, II, 158; _Belg. jud._, 1886, 172; — trib. Bruxelles, 10 marzo 1883, _Pasic._, 1883, III, 75; — Bourges, 13 luglio 1891, D. P., 1892, 2, 599; — Cass. Fr., 15 giugno 1887, D. P., 1888, 1, 412; _J. Pal._, 1890, 1079; — Orleans, 14 aprile 1886, _J. Pal._, 1886, 1089; Sir., 1886, 2, 191; D. P., 1887, 2, 95; — Lyon, 29 dicembre 1881, D. P., 1882, 2, 113; —

Lyon, 24 febbraio 1881, D. P., 1881, 2, 199, e le note a queste sentenze; — 28 febbraio 1880, D. P., 1881, 1, 310; *J. Pal.*, 1881, 854; — Cass. Fr., 8 marzo 1875, D. P., 1875, 1, 482; *J. Pal.*, 1875, 397; — AUBRY e RAU, v. V, § 468, p. 123 e 124.

Contra: Besançon, 4 gennaio 1888, D. P., 1889, 2, 69; *J. Pal.*, 1890, 901, che sembra accolga questa opinione in conseguenza di un errore di redazione; Parigi, 20 gennaio 1873, SIR., 1873, 2, 177.

Conforme al testo, HUC, v. II, n. 99; — BAUDRY-LACANTINERIE, v. I, n. 475. Confr. DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 198 e seg.

504. *Essendo fondata sull'articolo 191, la nullità che deriva dalla mancanza di pubblicazioni del matrimonio celebrato all'estero, può essere invocata da tutte le persone enumerate in detto articolo. Tale nullità è assoluta e non può venir sanata; gli articoli 196 e 183 che si allegano per sostenere la tesi contraria, non contemplano il vizio della clandestinità.*

III, 32-33

L'opinione del Laurent non trova ormai più contradditori, nel senso che la dottrina e la giurisprudenza le quali ammettono che il matrimonio celebrato all'estero senza le pubblicazioni è nullo solo in caso di clandestinità, applicano al medesimo le regole che governano il matrimonio clandestino celebrato in Francia. La questione si risolve quindi secondo i principii esposti *supra*, nn. 465, 471 e 490.

Sic Gand, 16 luglio 1896, *Pasic.*, 1897, II, 75; — trib. Bruxelles, 16 luglio 1887, *Pasic.*, 1888, III, 248; — Bruxelles, 19 dicembre 1885, *Pasic.*, 1886, II, 158; *Belg. jud.*, 1886, 172; — trib. Bruxelles, 10 marzo 1883, *Pasic.*, 1883, III, 75; — Cass., Fr., 15 giugno 1887, D. P., 1888, 1, 412; *J. Pal.*, 1890, 1079.

Contra: Bourges, 13 luglio 1891, D. P., 1892, 2, 599, che non distingue fra matrimoni celebrati all'estero o in Francia, ma considera che in entrambi i casi la nullità dell'articolo 191 vien sanata col possesso di stato conformemente all'articolo 196 (*supra*, n. 490); — Cass. fr., 11 maggio 1875, D. P., 1875, 1, 497; *J. Pal.*, 1875, 715, che applica erroneamente alla nullità risultante dalla clandestinità il fine di non ricevere dell'articolo 183 (*supra*, n. 465); — Parigi, 20 gennaio 1873, D. P., 1873, 2, 59; *J. Pal.*, 1873, 721.

Conf. Bordeaux, 2 giugno 1875, D. P., 1876, 2, 143; DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, nn. 200, 201, il quale non distingue a sufficienza la nullità risultante dalla clandestinità da quella che deriva dalla mancanza di consenso degli ascendenti; — AUBRY e RAU, v. V, § 468, p. 124 e 125.

§ 3. Della trascrizione dell'atto di celebrazione.

III, 34-38

505. *L'articolo 171 non si applica ai matrimoni celebrati da un agente diplomatico; esso costituisce una norma amministrativa, destinata ad agevolare a quanti ne hanno bisogno, i mezzi per procurarsi un atto dello stato civile. È sprovveduto di sanzione; il termine che prescrive non è perentorio e il matrimonio produce tutti i suoi effetti anche se la trascrizione non abbia luogo; ove del caso, i coniugi che avessero violato l'articolo 171, potrebbero essere, per applicazione dell'articolo 1382, responsabili dei danni cagionati dalla loro colpa.*

Sic Cass. B., 5 luglio 1880, *Pasic.*, 1880, I, 263; *Belg. jud.*, 1880, 989; — Amiens, 22 luglio 1886, *Pasic. fr.*, 1886, II, 37; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 204-207; — Aubry e Rau, v. V, § 468, p. 126, nota 28; — Huc, v. II, n. 101; — Baudry-Lacantinerie, v. I, n. 476.

Contra: Besançon, 4 gennaio 1888, D. P., 1889, 2, 69; *Pasic. fr.*, 1888, II, 171; *J. Pal.*, 1890, 901, che sembra ammettere che la violazione dell'articolo 171 è bensì una causa di nullità, ma pare consacri questa opinione solo in conseguenza di un errore di redazione.

Cfr. Bordeaux, 2 giugno 1875, D. P., 1876, 2, 143; — Lyon, 21 giugno 1871, Sir., 1872, 2, 201; *J. Pal.*, 1872, 900; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 194, nota 1.

CAPO V.

DELLE OBBLIGAZIONI CHE NASCONO DAL MATRIMONIO

Sezione I. — Del dovere di educazione

§ 1. Della natura dell'obbligazione.

III, 39-42

506. *Il dovere di educare la prole è imposto ai coniugi dall'articolo 203; esso deriva dalla paternità e incombe quindi anche ai genitori naturali che hanno riconosciuto i loro figli. Nessuno ha veste per esigere in nome dei figliuoli contro i genitori l'adempimento del dovere d'educazione; la legge non limita i poteri dei genitori a questo riguardo se non nel caso contemplato dall'articolo 385.*

La legge francese del 28 maggio 1882 sull'istruzione obbligatoria ha aggiunta una sanzione penale al dovere dei genitori di educare la prole. A sensi dell'articolo 4, l'istruzione elementare è obbligatoria pei fanciulli d'ambo i sessi fra i 6 e i 13 anni compiuti. Nel caso d'inosservanza di questa disposizione, il padre, il tutore o la persona responsabile del minorenne può, in talune ipotesi, andar soggetto a una pena (art. 12 a 14).

La questione se i genitori che non adempiono al dovere di educare la prole possano dichiararsi decaduti dalla patria potestà sarà esaminata *infra*, al titolo *Della patria potestà*. Ma, vengano privati della potestà paterna, oppur no, restano sempre obbligati a provvedere all'educazione dei figli.

Sic su quest'ultimo punto, DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 336.

Nel Belgio fu giudicato che le spese d'educazione costituiscono un'obbligazione alimentare: Cass. B., 28 dicembre 1871, *Pasic.*, 1872, I, 7.

§ 2. DELLE SPESE D'EDUCAZIONE.

507. *Il dovere d'educazione e conseguentemente le spese che ne derivano, sono imposti a ciascuno dei coniugi, che vi contribuisce in conformità alle regole che governano il concorso dei coniugi alle altre spese famigliari. In massima, l'azione deve dunque essere rivolta contro il marito. Quando il marito è privo di mezzi, il creditore può agire contro la moglie. L'obbligo di educazione non è solidario.* III, 43

Ciascuno dei coniugi è debitore per l'intero, ma poichè questo debito non ha un carattere speciale, trovano applicazione i principii che regolano le obbligazioni contratte simultaneamente dal marito e dalla moglie.

Quanto al testo, *sic* Cass. Fr., 6 agosto 1894, *J. Pal.* e SIR., 1894, 1, 416; D. P., 1895, 1, 199; — Parigi, 26 agosto 1892, D. P., 1893, 2, 175; — Bordeaux, 19 gennaio 1888, *J. Pal.*, 1888, 708; SIR., 1888, 2, 132.

Cfr. Cass Fr., 21 maggio 1890, *J. Pal.*, 1891, 167; SIR., 1891, 1, 81; *Pasic. fr.*, 1891, I, 23, che decide potersi agire contro la moglie anche in costanza della comunione; — HUC, v. II, n. 192; — AUBRY e RAU, v. VI, 547, p. 72.

III, 44 **508**. *Le spese d' educazione debbono equipararsi agli alimenti: perciò il padre ha diritto di ripeterle contro il figlio quando questi possiede beni personali sottratti al godimento del padre.*

Sulla questione se le spese d'educazione possano prelevarsi dal capitale del minore, v. *infra*, n. 525.

Conforme al testo, Bordeaux, 17 marzo 1875, D. P., 1877, 2, 207; — DALL., *Rép., Suppl.*, v. *Mariage*, n. 335; — AUBRY e RAU, v. V, § 457, p. 72.

§ 3. DELLA DOTE.

III, 45 **509**. *Il figlio non ha azione contro i genitori per conseguire un assegno a titolo di matrimonio o altrimenti* (art. 204).

Sezione II. — Dell'obbligo alimentare.

§ 1. PRINCIPII GENERALI.

III, 46 **510A**. *Sotto la nozione di alimenti viene tutto ciò che è necessario alla vita. L' obbligo alimentare ha fondamento sui vincoli del sangue e sull' affinità che imita la parentela. Esso si distingue dal dovere d'educazione che deriva dal fatto della paternità, incombe soltanto ai genitori e, dopo la morte di questi, al tutore.*

Non vi ha dubbio che il dovere d'educazione, cioè l'obbligo di dirigere l'educazione del figlio, va distinto dall'obbligo alimentare; ma siccome gli alimenti comprendono tutto quanto è necessario alla vita del figlio e l'educazione è un elemento essenziale di questa, ne viene che le persone tenute per legge agli alimenti, alle quali non incombe il debito dell'educazione, potranno essere obbligate a fornire i mezzi indispensabili per far fronte alle spese occasionate dall'educazione del figlio.

Sic trib. Anvers, 22 gennaio 1892, *Pasic.*, 1892, III, 399; — Cass. B., 28 dicembre 1871, *Pasic.*, 1872, I, 7.

Cfr. *supra*, n. 508.

510B. *Quando l'obbligazione fu consacrata dal legislatore, sussiste entro i precisi limiti definiti dalla legge e non può essere estesa. Poichè è fondata esclusivamente sul grado di parentela o d'affinità e il debitore è tenuto in proporzione dei suoi mezzi economici, detta obbligazione ha carattere essenzialmente personale e non si trasmette mai agli eredi.*

III, 47-48

Quest'ultima regola, un tempo assai controversa, raccoglie ora il consenso pressochè unanime della dottrina o della giurisprudenza.

Essa venne implicitamente confermata mercè la deroga espressa che vi recò in Francia la legge del 9 marzo 1891, che modifica l'articolo 205 del codice e stabilisce che l'eredità del coniuge debba gli alimenti al superstite; nel Belgio, la legge 20 novembre 1896 contiene analogo precetto (*infra*, n. 537 sgg.).

Riguardo all'imprescrittibilità dell'obbligo alimentare, *sic* Liège, 3 dicembre 1891, *Pasic.*, 1891, II, 157; — Cass. fr., 29 novembre 1893, *J. Pal.*, e SIR., 1894, 1, 465; — Besançon, 8 luglio 1879, D. P., 1880, 2, 142; SIR., 1880, 2, 299, *J. Pal.*, 1880, 1119; — HUC., v. II, n. 221; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 353; — BAUDRY-LACANTINERIE, v. I, n. 609. — *Contra:* AUBRY e RAU, v. IV, § 553, p. 100.

511. *Il debito alimentare è essenzialmente variabile. È d'ordine pubblico, poichè il legislatore l'ha imposto per motivi di umanità. Perciò le parti non sono vincolate dalle convenzioni stipulate rispetto al medesimo e le sentenze che ne determinano l'ammontare non acquistano autorità di cosa giudicata. Questi principii non sono applicabili alle pensioni alimentari che hanno origine non già dal bisogno della persona cui vengono promesse, ma dalla liberalità del promittente o da una transazione.*

III, 49-51

Sic Cass. fr., 29 novembre 1893, SIR. e *J. Pal.*, 1894, 1, 465; — Pau, 23 giugno 1884, D. P., 1885, 2, 248.
Cfr. HUC, v. II, n. 208.

§ 2. Chi debba gli alimenti.

N. 1. Dei coniugi.

III. 52 **512.** *I coniugi sono reciprocamente tenuti agli alimenti; questi debbono, di regola, essere somministrati nel domicilio coniugale* (art. 212-214).

Sic Agen, 10 dicembre 1895, D. P., 1896, 2, 525; — Nancy, 6 luglio 1895. D. P., 1896, 2, 181, e v. *infra*, nn. 514 e 516.

III, 53 **513.** *Il coniuge che ottenne il divorzio può chiedere un assegno alimentare* (art. 301)*; l'obbligo degli alimenti sussiste anche fra coniugi personalmente separati.*

Codeste quistioni verranno esaminate *infra*, nel commento al titolo *Del divorzio.*

III, 54-56 **514.** *È nulla, perchè contraria alla regola d'ordine pubblico che la vita in comune è dell'essenza del matrimonio, qualsiasi convenzione con cui i coniugi, determinando d'accordo di vivere separati, stabiliscono la pensione alimentare che l'uno corrisponderà all'altro.*

Il coniuge che vive separato ha diritto agli alimenti solo quando abbia abbandonato il domicilio matrimoniale perchè costretto dall'altro: il suo credito alimentare non può essersi estinto in causa della condotta colposa dell'altro coniuge, e, d'altro canto, esso non ha obbligo di domandare il divorzio o la separazione personale.

Sic trib. Liège, 25 luglio 1896, *Pasic.*, 1897, III, 9; — trib. Bruxelles, 19 febbraio 1896, *Pasic.*, 1896, III, 167; — Bruxelles, 14 novembre 1894, *Pasic.*, 1895, II, 185; — 2 novembre 1892, *Pasic.*, 1893, II, 202; — trib. Bruxelles, 23 dicembre 1891, e trib. Gand, 24 giugno 1891, *Pasic.*, 1892, III, 131; — Liège, 11 marzo 1891, *Pasic.*, 1891, III, 246; — Dijon, 21 gennaio 1891. D. P., 1891, 2, 349; — Cass. fr., 14 giugno 1882, D. P., 1883, 1, 248; *Pasic. fr.*, 1882, p. 104; — 21 marzo 1882, D. P., 1882, 1, 362; *J. Pal.*, 1883, 268;

— Alger, 13 agosto 1879, Sir., 1880, 2, 318, — *J. Pal.*, 1880, 1216; — Bordeaux, 29 maggio 1878; Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 360, p. 436, nota 1; — Cass. fr., 2 gennaio 1877, D. P., 1877, 1, 162; Sir., 1877, 257; *J. Pal.*, 1877, 652; — Parigi, 5 aprile 1875, Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 366, p. 435, nota 1; — Besançon, 15 luglio 1874, Sir., 1875, 2, 9; *J. Pal*, 1875, 91; D. P., 1874, 2, 219; — Cass. fr., 12 gennaio 1874, D. P., 1874, 1, 153; Sir., 1874, 1, 305; *J. Pal.*, 1874, 779, che annulla la sentenza della Corte di Dijon, 11 luglio 1872; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 366 e 367.

Confr. *infra*, n. 554 s.; — *Pand. belges*, v. *Aliments*, n. 58 s.

515. I coniugi si sono accordati di vivere separatamente: durante questa volontaria separazione, la moglie, sia che il marito non abbia assunto l'obbligo di corrisponderle una pensione, sia che non le paghi quella promessa, contrae dei debiti.

I creditori avranno diritto d'agire contro il marito in causa dell'obbligazione che al medesimo incombe di somministrare gli alimenti alla moglie?

La negativa risulta dai principii esposti nel precedente paragrafo.

L'azione, infatti, sarebbe fondata sull'obbligo del marito di prestare gli alimenti alla moglie; ora, come vedemmo, questa obbligazione non sussiste più se i coniugi vivono volontariamente separati; mancherebbe perciò il fondamento dell'azione dei creditori.

Concedendo a questi un'azione, si verrebbe ad attribuire indirettamente alla donna la pensione cui non può pretendere; la sola differenza sarebbe che la pensione, anzichè essere attribuita alla moglie prima che questa si obblighi verso i terzi, le verrebbe accordata dopo che essa ha contrattato. La posizione sarebbe diversa e la soluzione potrebbe essere differente se la moglie avesse abbandonato il domicilio coniugale insieme ai figli comuni, verso dei quali il marito ha un'obbligazione alimentare. In tale ipotesi il creditore potrebbe, riguardo alle somministrazioni fatte alla donna pel mantenimento dei figli, prevalersi sia dei principii del mandato tacito conferito alla moglie, sia, indipendentemente da un mandato di qualsiasi specie, di quelli dell'azione *de in rem verso*, giacchè il marito ha tratto dall'intervento del creditore un vantaggio personale, cioè l'esonero da un obbligo impostogli dalla legge.

Cfr. le autorità citate nel numero precedente, e in ispecie Cass. fr., 12 gennaio 1874.

Contra: AUBRY e RAU, v. V, § 470, p. 132 e 133.

III, 57

516. *Può essere dovuta una pensione alimentare se i coniugi, in causa di un motivo legittimo, per esempio lo stato di demenza di uno di essi, non possono vivere in comune; o se il marito, essendo interdetto, non può somministrare alla moglie ciò che le è necessario pei bisogni della vita; o se lasci mancare alla donna, nel domicilio coniugale, quanto occorre pel di lei mantenimento.*

Sic DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 365. — Cfr. Nancy, 6 luglio 1895, D. P., 1896, 2, 181.

N. 2. DEI PARENTI LEGITTIMI E DEGLI AFFINI.

III 58-59.

517. *Agli ascendenti e ai discendenti incombe l'obbligazione reciproca degli alimenti.*

L'obbligo alimentare tra affini è limitato al primo grado nella linea retta (art. 206, 207); *era intenzione del legislatore di stabilirlo per tutti i gradi; ma i termini dell'articolo 206 sono in contrasto con tale principio e l'interprete non può estendere il tenore letterale della legge basandosi sulla presunta volontà dei suoi autori.*

Non si comprendono tra gli affini i figli di primo letto dell'altro coniuge, nè il patrigno o la matrigna.

Sic HUC, v. II, n. 199; — BAUDRY-LACANTINERIE, v. I, n. 592.

Contra, quanto agli affini, DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 345; — AUBRY e RAU, v. IV, § 553, p. 99, nota 5.

Riguardo ai patrigni e alle matrigne, *sic* trib. Bruxelles, 15 dicembre 1891, *Pasic.*, 1892, III, 188.

N. 3. DEI PARENTI NATURALI.

III, 60

518. *Dottrina e giurisprudenza riconoscono concordi che i genitori debbono gli alimenti ai figli naturali, incestuosi o adulterini dei quali è dimostrata la filiazione e che i figli sem-*

plicemente naturali siano tenuti agli alimenti verso i loro genitori. La legge non stabilisce siffatte obbligazioni; vi è una lacuna nel codice. Scrittori e sentenze hanno creata la legge, anzichè limitarsi ad interpretarla.

L'opinione del Laurent, sebbene abbia per sè la lettera della legge, è tuttora respinta.

Contra: Bruxelles, 19 maggio 1883, *Pasic.*, 1883, II, 382; — Cass. fr., 13 luglio 1886, D. P., 1887, 1, 119, la quale decide che il riconoscimento fatto dal marito in costanza di matrimonio di un figliuolo concepito prima delle nozze da una donna diversa dalla moglie, attribuisce a questo figlio il diritto agli alimenti; DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 340, 341 e 342; — AUBRY e RAU, v. VI, § 571, p. 215.

Cfr. HUC, v. II, n. 210.

519. *Se si concede l'azione alimentare ai figli adulterini e incestuosi, bisogna riconoscere un'azione analoga ai loro genitori.* III, 61

Sic DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 342.

Contra: AUBRY e RAU, v. IV, § 7572, p. 227, nota 39; — BAUDRY-LACANTINERIE, v. I, n. 596.

Cfr. HUC, v. II, n. 214.

520. *Non sussiste obbligo alimentare fra il figlio naturale e gli ascendenti del genitore che lo riconobbe, perchè non vi ha, fra queste persone, vincolo di sorta.* III, 62

Sic HUC, v. II, n. 213.

521. *Nessuna legge obbliga il padre naturale a prestare gli alimenti ai discendenti legittimi del figlio.* III, 63

Il motivo addotto dal Laurent non è concludente. Non importa che non vi sia una legge; nulla, infatti, è regolato dalla

legge in materia di obbligazione alimentare fra parenti naturali (*supra*, n. 518). Una volta che si abbandona il giusto principio, esposto dal Laurent, che non sussiste obbligo alimentare fra parenti naturali, per la ragione che nessuna legge lo stabilisce e che nessuna obbligazione legale è concepibile se una deposizione di legge non la imponga ; una volta che, malgrado l'assenza d'una legge, si ammette l'esistenza di un'obbligazione alimentare, non vi è più motivo di fermarsi; le questioni non si risolvono più conformemente alla legge, ma secondo la fantasia dell' interprete, e allora questi può bene decidere che il genitore naturale sia tenuto agli alimenti verso i discendenti legittimi del proprio figlio.

Contr. al testo; DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 343.
Confr. HUC, v. II, n. 213; — *Pand. Belges*, v. *Aliments*, n. 96.

§ 3. IN QUAL MODO SIANO TENUTI GLI OBBLIGATI.

N. 1. LO SONO CONCORRENTEMENTE?

III, 64-65

522. *Tutte le persone alle quali incombe l'obbligazione alimentare vi sono tenute concorrentemente; il creditore può agire contro tutti, salvo al tribunale decidere, secondo le circostanze di fatto, chi debba sopportare il debito. Erroneamente si insegna che l'obbligazione cada in primo luogo sul coniuge, poscia sui parenti secondo il grado successorio e da ultimo sugli affini La legge non ha stabilita siffatta regola e invano si tenta di giustificarla col dire che il debito alimentare debba incombere anzitutto a coloro i quali sarebbero chiamati a succedere: infatti, il coniuge non è che un successore irregolare e gli affini non sono successibili.*

Sic trib. Anvers, 31 ottobre 1891, *Pasic.*, 1892, III, 75; — trib. Bruxelles, 26 marzo 1890, *Pasic.*, 1891, III, 35; *Pand. belges*, 1891, 282; — Parigi, 10 agosto 1894, SIR., e *J. Pal.*, 1896, 2, 108; D. P., 1895, 2, 517; — trib. civ. Genève, 23 dicembre 1884, *J. Pal.*, 1885, 2, 53; SIR., 1885, 4, 31; — Caen, 17 novembre e 31 dicembre 1877, D. P., 1878, 5, 30; *J. Pal.*, 1878, 1025; SIR., 1878 2, 259; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 351; — HUC, t. II, n. 2243; — BAUDRY-LACANTINERIE, v, I, n. 597; — *Pand. belges*, v. *Aliments*, nn. 110, 111.

Contra: trib. Bruxelles, 27 marzo 1885, *Pasic.*, 1895, III, 177; — trib. Louvain, 13 dicembre 1884, *Pasic.*, 1885, III, 245; — AUBRY e RAU, v. VI, § 553, p. 101 sgg.

N. 2. IL DEBITO ALIMENTARE È SOLIDALE ED INDIVISIBILE?

523. *Il debito alimentare non è solidale, perchè la legge, cui soltanto spetterebbe di attribuirgli questo carattere, tace affatto sul medesimo. Non è indivisibile perchè la prestazione alimentare è capace di divisione e il suo ammontare dipende dallo stato patrimoniale del debitore.*

III, 66-68

L'obbligato agli alimenti, se venga citato solo, non ha diritto di chiamare in causa altri debitori, poichè ciascuno di essi è tenuto personalmente entro i limiti delle proprie condizioni di fortuna.

Come vedemmo, i debitori sono obbligati concorrentemente; d'altro lato, il debito è divisibile e non è solidale. Si dividerà dunque fra i diversi obbligati, ciascuno dei quali è tenuto in proporzione delle sue sostanze; perciò se il creditore conviene uno soltanto dei debitori, questo non potrà essere condannato a somministrare tutti gli alimenti, ma solo la parte che gli incombe a norma del suo stato patrimoniale posto in relazione con quello dei condebitori. Sotto tale riguardo può dirsi che al creditore alimentare spetta un'azione contro ciascuno degli obbligati pel debito degli alimenti: ognuna di queste azioni costituisce un valore per lui; conseguentemente, se agisce contro uno soltanto dei debitori, è d'uopo, per giudicare in quale misura il creditore si trovi in bisogno rispetto al convenuto, tener conto del valore delle azioni di esso creditore contro gli altri obbligati.

Su quest'ultimo punto, *sic* trib. Bruxelles, 9 marzo 1892, *Pasic.*, 1892, III, 189; — HUC, v. II, n. 226.

Confr. AUBRY e RAU, v. VI, § 553, p. 102, nota 18, i quali, pure insegnando espressamente la nostra opinione, ammettono, senza peraltro dirne i motivi, che « se lo esigessero circostanze imperiose, i tribunali potrebbero condannare « quello degli obbligati che fu convenuto da solo, all'integrale pagamento « della pensione alimentare, salvo il regresso di costui verso gli altri, purchè « detta pensione non ecceda la misura della di lui capacità patrimoniale ».

Questa concessione non è ammissibile, poichè è risaputo che l'obbligo di ciascuno dei debitori si determina, non soltanto avuto riguardo alle di lui sostanze, ma tenendo conto anche di quelle dei suoi condebitori; condannarlo a tutta la prestazione è fargli obbligo di prestare ciò che non deve.

Conforme al testo, trib. Bruxelles, 25 novembre 1881, *Pasic.*, 1892, III, 103; — Huc, v. II, n. 226; — Aubry e Rau, v. VI, § 553, p. 102, nota 18. — *Contra:* Parigi, 16 gennaio 1890 (non motivata), D. P., 1895, 2, 518.

Quanto all'indivisibilità, *sic* Cass. fr., 6 marzo 1895, *Pasic.*, 1895, IV, 106; Sir. e *J. Pal.*, 1896, 1, 232; D. P., 1895, 1, 237.

Confr. Bordeaux, 22 marzo 1893, D. P., 1893, 2, 342; — trib. Genève, 23 dicembre 1884, Sir., 1885, 4, 31; *J. Pal.*, 1885, 2, 53; Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, nn. 378 sgg.

Rispetto alla solidarietà, *contra:* trib. Gand, 28 marzo 1894, *Pasic.*, 1894, III, 293.

§ 4. Dell'azione alimentare.

N. 1. Condizioni.

III, 69-71

524. *Per avere diritto agli alimenti, occorre trovarsi in bisogno.*

La nozione del bisogno è essenzialmente relativa, e il tribunale gode di un potere discretivo per determinare, secondo le circostanze della causa, l'ammontare della pensione. Gli alimenti sono dovuti anche a chi, per propria colpa, si trova privo di risorse, senza peraltro che la di lui colpa possa essergli fonte di lucro; sono dovuti al figlio che venne a cadere in bisogno per aver contratto matrimonio contro la volontà dei genitori, senza però che possano equivalere alla dote (art. 204). *Non versa in istato di bisogno chi, mediante la vendita di un immobile di sua proprietà o col frutto di un lavoro in armonia coll'educazione ricevuta, può procurarsi il necessario per vivere conformemente alla sua posizione sociale: tutt'al più in quest'ultimo caso il tribunale può aggiudicargli un sussidio temporaneo, in attesa che l'attore trovi modo di provvedere al proprio sostentamento.*

Se i tribunali hanno un potere discrezionale per giudicare se l'attore versi in condizioni di bisogno, non è a concludere che

siano arbitri assoluti, vale a dire che possano, per dichiarare l'attore in bisogno, riconoscere obbligazioni che in realtà sono insussistenti. Tale sarebbe il caso in cui, per dichiarare l'attore privo di mezzi, il magistrato si fondasse sulla circostanza che le sue rendite sono assorbite da una pensione alimentare che presta ai proprî figli. Se tale è veramente la condizione dell'attore, fuor di ragione esso corrisponde una pensione alimentare che non deve, perchè privo di altre risorse; nè potrebbe, per procurarsi i mezzi di prestarla, reclamare egli stesso gli alimenti da un terzo.

Sic Bordeaux, 22 marzo 1893, D. P., 1893, 2, 342.

Quanto al testo, *sic* trib. Bruxelles, 15 febbraio 1893, *Pasic.*, 1893, III, 258; — Gand, 19 luglio 1890, *Pasic.*, 1891, II, 100 e le note; — Chambéry, 6 maggio 1892, D. P., 1892, 2, 503; — trib. Châlons-sur-Saône, 20 luglio 1871, Sir., 1873, 2, 255; *J. Pal.*, 1873, 1074; — D. P., 1873, 2, 132; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 361, 362 e 364; — Huc, v. II, n. 205; — Aubry e Rau, v. VI, § 553, p. 107.

Cfr. trib. Bruxelles, 6 febbraio 1895, *Pasic.*, 1895, III, 80 e la nota; — Douai, 16 gennaio 1882, D. P., 1885, 2, 69, che è mal motivata.

525. Le spese d'educazione, essendo equiparabili agli alimenti, possono essere reclamate dal padre al figlio proprietario di beni personali di cui il genitore non ha l'usufrutto (*supra*, n. 508). D'altro canto, gli alimenti non sono dovuti a chi può procurarsi mezzi coll'alienazione di immobili di sua proprietà (*supra*, numero precedente). Si dovrà concludere da ciò che il padre abbia diritto di reclamare le spese di educazione dal figlio le cui rendite sono insufficienti a soddisfarle, ma che potrebbe pagarle alienando il proprio capitale?

Supponiamo che si verifichino le condizioni richieste dalla legge perchè il minore possa validamente obbligarsi. In questo caso, l'azione del padre sarà fondata: le spese di educazione sono alimenti somministrati al minore; per conseguenza riesce loro applicabile la regola che governa il debito alimentare e ai cui termini gli alimenti non sono dovuti a chi può procurarsi i mezzi necessari alla propria sussistenza alienando il capitale che possiede.

Invano si osserva che il patrimonio dei minorenni dev'essere conservato quanto più è possibile.

Senza dubbio; ma da ciò deriva la sola conseguenza doversi evitare di eccedere, nelle spese d'educazione, le rendite del minore; nè questa considerazione può aver l'effetto di attribuire al minorenne il diritto di essere educato a spese del padre e di conservare intatto il proprio capitale.

La giurisprudenza sembra contraria alla nostra tesi; ma è da osservare che nelle specie sulle quali si è pronunziata, il padre aveva fatto le spese senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, e quindi aveva erogato il denaro del minore di sua propria autorità e prescindendo dalle formalità legali.

Cfr. Cass. Fr., 19 aprile 1886, *J. Pal.*, 1890, 1, 261, Sir., 1890, 1, 109; D. P., 1887, I, 171; — Rennes, 9 novembre 1878, *J. Pal.*, 1879, 818; Sir., 1879, 2, 181.

Contra: Aubry e Rau, v. VI, § 547, p. 73, nota 3; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 335.

526. Conserva il diritto agli alimenti anche chi si sia reso colpevole, verso la persona da cui li reclama, d'un fatto per cagion del quale sarebbe escluso dalla di lui eredità. Per vero, l'indegnità è esclusiva del diritto di succedere. Ora, abbiamo veduto testè (*supra*, n. 522) che il diritto agli alimenti è del tutto indipendente dal diritto successorio: il coniuge deve gli alimenti, ed è un semplice successore irregolare; gli affini pure vi sono tenuti e non succedono punto. Per l'opposto, i collaterali succedono e non hanno alcun obbligo alimentare. Non si può dunque sostenere che cessi d'aver diritto agli alimenti chi ha perduto il diritto di succedere.

Contra: Aubry e Rau, v. VI, § 553, p. 107; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 364.

III, 72

527A. *Chi reclama gli alimenti deve comprovare le sue condizioni patrimoniali, salvo al convenuto contestarle.*

Sic HUC, v. II, n. 206; — AUBRY e RAU, v. VI, § 553, p. 107; — BAUDRY-LACANTINERIE, v. I, n. 602.

527 B. Gli alimenti non sono dovuti che in proporzione ai mezzi dell'obbligato (art. 208).

Se le rendite della persona cui si reclamano gli alimenti non bastano per soddisfarli, ma essa riuscirebbe a prestarli alienando il proprio capitale, potrà essere costretta a farlo?

È una questione di fatto.

Se la condizione del debitore è tale che l'alienazione di una parte del suo patrimonio lo trarrebbe a rovina, dovrà considerarsi privo di mezzi e non potrà essere obbligato alla prestazione alimentare. Diversa sarebbe la cosa se il capitale fosse notevole e il debitore lo lasciasse improduttivo per ragioni di personale convenienza.

Cfr. trib. Bruxelles, 28 maggio 1892, *Pasic.*, 1892, III, 263 e *supra*, n. 524.

N. 2. PRESTAZIONE DEGLI ALIMENTI.

528. *Gli articoli 210-211 determinano il modo della prestazione degli alimenti. I tribunali decidono sovranamente se i genitori debbano godere del beneficio dell'articolo 211. Gli ascendenti diversi dai genitori non possono invocare questa disposizione eccezionale.* III, 73-74

Sic HUC, v. II, n. 218; — AUBRY e RAU, v. VI, § 553, p. 109; — BAUDRY-LACANTINERIE, v. I, n. 600.

Quanto al potere discrezionale del magistrato, *sic* Cass. Fr., 23 gennaio 1893, D. P., 1893, 1, 184.

529 A. Gli alimenti sono concessi per assicurare l'esistenza a chi li riceve ed impedirgli di contrarre debiti; perciò i pagamenti delle rate della pensione alimentare debbono, in generale, essere fatti in via anticipata.

Sic Cass. B., 27 dicembre 1877, *Pasic.*, 1877, 1, 30; *Belg. jud.*, 1878, 97.

529 B. Si discute se i tribunali, condannando alla prestazione di una pensione alimentare, possono ordinare misure speciali per assicurare l'esecuzione dei loro giudicati, per esempio che il capitale il cui reddito servirà alla somministrazione degli alimenti sarà depositato presso una persona espressamente designata.

Nè il codice civile, nè alcun'altra legge attribuiscono al giudice siffatto potere. La questione è di diritto pubblico e si riconduce all'altra se i tribunali abbiano facoltà maggiori di quelle che la legge accorda loro espressamente, e se possano arrogarsi il diritto di decretare quei mezzi che reputino opportuni per assicurare l'esecuzione delle loro sentenze.

In senso affermativo, v. Cass. Fr., 2 dicembre 1895, D. P., 1896, 1, 198 e la nota; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 376.

Cfr. *infra*, art. 205 nuovo, n. 537 e seg. V. pure n. 556, *infra*.

§ 5. QUANDO CESSA L'OBBLIGAZIONE ALIMENTARE.

III, 75 **530.** *L'obbligazione alimentare cessa nei casi contemplati dall'articolo 209.*

L'azione di riduzione può essere promossa dai creditori in forza dell'articolo 1166.

Sic HUC, v. II, n. 209.

Su quest'ultimo punto, *sic* DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 394.

531. Se il creditore si è reso colpevole verso il debitore di un fatto biasimevole, l'obbligato non può invocare questa circostanza per venir dispensato dal somministrare gli alimenti. Per vero, la legge non ha ravvisato nella cattiva condotta dell'alimentando una causa d'estinzione del di lui diritto.

Sic Cass. Fr., 3 aprile 1883, D. P., 1883, 1, 335; *J. Pal.*, 1884, 151; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 397.

Cfr. *supra*, n. 524, 526, e Digione, 27 marzo 1872, D. P., 1873, 2, 132; *J. Pal.*, 1873, 1074.

582. *L'obbligo alimentare cessa pure nei casi preveduti dall'articolo 206. Il secondo matrimonio della suocera non toglie ai generi e alle nuore il diritto agli alimenti, poichè la legge tace e la reciprocità stabilita dall'articolo 207 non si estende alle cause di estinzione del debito alimentare.* III, 76

Sic Aubry e Rau, v. VI, § 553, p. 99, nota 6; — Huc, v. II, n. 200.
Contra: Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 347; — Baudry-Lacantinerie, v. I, n. 595.
Se il matrimonio è risolto per effetto del divorzio, v. il commento al titolo *Del divorzio*.

583. *La nuora che passa a seconde nozze conserva il diritto agli alimenti verso la suocera e il suocero, perchè la legge non la dichiara decaduta dal diritto medesimo.* III, 77-78.

Sic Huc, v. II, n. 200; — Baudry-Lacantinerie, v. I, n. 593.
Contra: Aubry e Rau, v. VI, § 553, p. 100.
Cfr. Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 348.

§ 6. Della ripetizione degli alimenti.

584. *Chi, trovandosi in bisogno, ricevette gli alimenti, non può essere obbligato a restituirli nel caso in cui venisse a miglior fortuna; non si fa luogo a restituzione se non nel caso che gli alimenti siano stati somministrati a chi non versava in condizioni di bisogno.* III.

La sentenza che accorda gli alimenti attesta in modo insindacabile che, all'epoca in cui fu pronunziata, l'alimentando versava in istato di bisogno. Il debitore non può più tardi pretendere che la decisione era erronea e che fu sorpresa la buona fede del giudice. L'obbligato può sostenere una cosa soltanto, cioè che la condizione dell'alimentando si è modificata subito dopo la sentenza e che gli alimenti da lui prestati non erano più dovuti.

Su questo punto e sul testo, *sic* trib. di Gand, 8 novembre 1893, *Pasic.*, 1894, II, 24. — Cfr. Huc, v. II, n. 206-209, e *supra*, n. 511.

Conforme al testo circa la ripetizione degli alimenti somministrati ad un indigente, Cass. B., 28 gennaio 1886, *Pasic.*, 1886, I, 57; — 15 gennaio 1885, *Pasic.*, 1885, I, 36; *Belg. jud.*, 1885, 161; — Nancy, 14 luglio 1875; *J. Pal.*, 1876, 953; D. P., 1879, 5, 15; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 399.

III, 80

585. *Chi ha somministrato gli alimenti senza esservi tenuto e senza intendere di fare una liberalità, può ripeterli contro la persona cui la legge imponeva l'obbligazione alimentare; chi, in queste condizioni, ha soddisfatto il debito, può esercitare, secondo i casi, l'azione del gestore di negozio o quella del mandatario.*

Sic Tolosa, 12 marzo 1877, *Pasic. fr.*, 1880, II, 261; — Cass. Fr., 21 giugno 1872, *J. Pal.*, 1873, 278; D. P., 1874, 1, 16; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 400; — Huc, v. II, n. 227.

III, 81

586. *Il terzo cui non incombeva l'obbligo di somministrare gli alimenti, se agì coll'intenzione di ripeterla, da chi li ricevette, può esperire contro quest'ultimo l'*actio de in rem verso; *se il terzo era mandatario del debitore, non avrà azione che contro di lui.*

La giurisprudenza si è pronunziata in senso contrario.

La soluzione della controversia dipende dai principii che governano il mandato, la gestione di negozio, l'azione *de in rem verso:* non è pertanto qui il luogo di discuterla.

V. Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 401-402; — Huc, v. II, n. 227.

§ 7. Degli alimenti dovuti al coniuge superstite dalla eredità del predefunto.

587. La legge francese 9-10 marzo 1891 e la legge belga 20 novembre 1896, fatta ad imitazione della prima, hanno modificato l'articolo 205 del codice civile.

Esse aggiunsero all'antico testo dell' articolo 205 diversi paragrafi aventi lo scopo di stabilire e regolare il diritto che accordano al coniuge superstite, il quale versi in bisogno all'epoca della morte del proprio sposo, di conseguire gli alimenti dalla di lui successione.

Questo diritto ha l' indole del diritto alimentare consacrato dagli articoli 205 e seguenti del codice. Colle modificazioni recate all'articolo 205, le nuove leggi non mirarono ad attribuire al coniuge superstite un diritto d' erede sulla successione del predefunto. Esse vollero soltanto imporre all'eredità l'obbligo di continuare la somministrazione degli alimenti, di cui il defunto, al tempo della morte, era debitore verso il coniuge; in altri termini, si sono limitate a derogare al principio che il debito alimentare non si trasferisce agli eredi; ma la deroga è ristretta nel senso, da un lato, che la successione è tenuta solo in quanto il coniuge superstite versi, al momento della morte, in istato di bisogno, dall'altro, che il debito incombe alla successione e non all'erede.

Questa caratteristica del nuovo diritto riconosciuto al coniuge superstite risulta anzitutto dalla considerazione che la norma onde deriva fu inserita nell' articolo del codice relativo agli alimenti.

È comprovata inoltre dal tenore letterale di entrambe le leggi; poichè il testo francese dice che gli alimenti sono dovuti dalla successione del coniuge predefunto, il belga che la pensione alimentare è un peso della eredità.

La legge belga aggiunge inoltre che gli alimenti non sono dovuti se non quando il coniuge superstite versi in istato di « bisogno al momento della morte ». La stessa regola va accolta rispetto alla legge francese, sebbene il testo non rechi una analoga disposizione, poichè durante i lavori preparatorî fu dichiarato esplicitamente che per l' applicabilità della legge nuova « occorrerà che il coniuge versi in bisogno al tempo in « cui la successione si apre ». Da ultimo, la norma che stabilisce a un anno dal giorno della morte il termine entro il quale gli alimenti debbono essere reclamati, e quella che dichiara come la pensione alimentare sia prelevata dall' eredità, implicano entrambe che per giudicare se gli alimenti sono dovuti

bisogna riferirsi al momento della morte (V. pure gli estratti della relazione alla Camera dei deputati citati *infra*, n. 540).

È dunque incontestabile che il diritto accordato al coniuge superstite è un semplice diritto alimentare. La legge belga e la francese previdero il caso in cui il coniuge superstite, versando in bisogno al tempo della morte dell'altro, avrebbe avuto il diritto di pretendere da lui gli alimenti, e autorizzano il superstite ad esercitare tale diritto contro la successione; in relazione a questo diritto, lo eressero a creditore dell'eredità in proporzione dei mezzi della medesima.

Questi principî varranno a risolvere le difficoltà che si presentano nell'applicazione del nuovo precetto.

Sic trib. Avesnes, 13 luglio 1894, D. P., 1895, 2, 201.

538. Il diritto del coniuge superstite altro non è che il diritto agli alimenti che gli spettava contro il defunto. Per conseguenza, come costui non avrebbe dovuto gli alimenti se non concorrentemente agli altri debitori alimentari (*supra*, n. 522), così la eredità è tenuta agli alimenti nella stessa guisa. Per stabilire se il coniuge superstite si trova in bisogno, si dovrà dunque tener conto dell'azione che gli spetta contro gli altri suoi debitori alimentari (*supra*, n. 523).

Durante i lavori preparatorî, si ebbero dichiarazioni in senso contrario, così in Francia come nel Belgio. Queste dichiarazioni non possono peraltro prevalere contro la lettera della legge e i principî generali sulla materia.

Gli oratori da cui provengono pensavano che il coniuge deve gli alimenti al proprio sposo prima di ogni altro debitore alimentare ed erano imbevuti dell'erronea teorica che i debitori alimentari siano tenuti successivamente e non concorrentemente. Ma perchè è certo che le leggi nuove non ebbero lo scopo di modificare o d'interpretare le regole del codice civile intorno al debito alimentare; poichè è indiscutibile che esse mirarono unicamente a impedire l'estinzione, in seguito alla morte di uno dei coniugi, del credito alimentare spettante al superstite contro di lui, le dichiarazioni sopradette dimostrano l'errore in cui versavano quelli che le emisero, ma non possono modificare la legge.

Nondimeno, questo erroneo concetto ebbe qualche influenza sulle disposizioni della legge belga. Per derivazione del medesimo, il diritto, concesso al coniuge superstite contro l'eredità del predefunto, venne subordinato alla circostanza che questo ultimo non lasci figli.

539. Per aver diritto agli elementi, il coniuge superstite deve trovarsi in istato di bisogno al momento della morte. La pensione si determinerà in relazione a ciò che gli occorre a questa data. Infatti, l'eredità non è gravata della pensione alimentare che incombeva al defunto se non nella misura in cui il defunto stesso doveva prestarla al tempo della morte (*supra*, n. 537). Se dunque, in seguito, i bisogni del coniuge aumentassero, non potrebbe egli chiedere un accrescimento della pensione, poichè si verserebbe in una situazione sorta dopo il decesso dello sposo, mentre la legge intese contemplare unicamente quella che sussisteva al momento della morte.

La nostra soluzione trova conferma nei lavori preparatorî. La relazione della commissione della giustizia al Senato belga, dopo aver ricordata una dichiarazione analoga del relatore della sezione centrale della Camera, soggiunge: « Si deve con« siderare la situazione del coniuge superstite *al momento* « *della morte*. Se, in appresso, per svariate circostanze o per « speculazioni mal riuscite, egli perdesse il patrimonio che pos« sedeva al tempo della morte, non sorgerebbe il diritto alla « pensione alimentare ». Parimente, nella sua relazione alla Camera francese, il Piou diceva: « Il motivo che giustifica la « fissazione d'un termine così breve è quel medesimo per cui « il Senato stabilì che il regolamento, una volta fatto, sia de« finitivo, nel senso almeno che il coniuge non potrebbe pre« tendere di mutarlo col pretesto di nuovi bisogni » (V. pure i lavori preparatorî citati, *infra*, n. 540).

Alla stessa guisa, per giudicare dei mezzi del debitore, vale a dire della successione, si dovrà considerare l'epoca della morte: le ulteriori modificazioni sono indifferenti (V. *infra*, nn. 541-542).

V. pei lavori preparatorî: legge belga, *Pasin.*, 1896, p. 411; — legge francese, Sir., *Lois annotées*, 1891, p. 105.

540. Costituendo un credito alimentare, il diritto del coniuge superstite va soggetto alle norme gererali degli articoli 208 e 209 del codice.

Perciò il coniuge superstite non avrà diritto agli alimenti se il suo stato di bisogno vien meno. Il fondamento razionale di questa regola che sgorga necessariamente dall'indole del diritto del coniuge superstite, fu riconosciuto in modo espresso durante i lavori preparatori, così in Francia, come nel Belgio.

Non vi sarà neppure diritto agli alimenti se l'eredità è priva di mezzi, val dire se il suo passivo supera l'attivo.

Ma si può applicare l'altro principio regolatore del *quantum* della pensione alimentare, a norma di cui l'ammontare della pensione diminuisce secondo i mezzi del debitore?

Gli autori delle leggi belga e francese hanno riconosciuto, in termini quasi identici, che il principio è applicabile teoricamente, aggiungendo però che in fatto questa applicazione non avrà luogo mai. In Francia, avendo un membro della Camera domandato che si dichiarasse formalmente nella legge l'applicabilità degli articoli 208 e 209, gli fu risposto, a nome della commissione, che la cosa era inutile: « Siamo tutti perfetta-
« mente d'accordo che gli art. 208 e 209 del codice civile sa-
« ranno applicabili alla pensione alimentare del coniuge super-
« stite; se dunque, in epoca posteriore a quella in cui la pen-
« sione venne regolata, il coniuge superstite vede le sue risorse
« accresciute in guisa da non aver più bisogno dell'assegno,
« questo potrà essere diminuito od anche del tutto soppresso.
« Non si può formulare l'ipotesi contraria, perchè lo stato del-
« l'eredità è definitivamente stabilito all'epoca in cui essa si
« apre, e non può subire modificazioni se non in conseguenza
« di atti personali degli eredi, di cui non è a tener conto. Da
« un altro lato, ammettiamo perfettamente che gli alimenti sono
« dovuti in proporzione dell'entità della successione che li deve
« e dei bisogni di chi li domanda (D. P., 1891, 4, 23) ». Così pure nel Belgio, la relazione fatta alla Camera in nome della sezione centrale, diceva: « Questa pensione è soggetta alle regole
« generali prescritte negli articoli 208 e 209, val dire che deve
« essere proporzionata a bisogni dell'alimentando e ai mezzi
« dell'eredità che la sopporta; val dire ancora che verrà a

« cessare se il superstite ritorni in condizioni da non averne
« più bisogno. Era affatto inutile dichiararlo espressamente,
« poichè tale è l'indole della pensione alimentare. Senza dubbio
« accadrà molto di rado che la pensione debba cessare pel
« motivo che la successione non potrebbe più provvedervi. I
« mezzi di questa vengono determinati al momento della morte
« e il resto dell'articolo permette all'alimentando di prendere
« per l'avvenire, tutte le garanzie che gli saranno necessarie.
« (*Pasin.*, 1896, p. 389) ».

Teoricamente è dunque certo che debba farsi luogo a riduzione se diminuiscono i mezzi dell'eredità.

Ma è possibile che si verifichi questa eventualità?

La legge belga dice che se gli alimenti non vengono prelevati dal capitale della successione, il beneficiario avrà diritto a garanzie sufficienti per assicurargli il pagamento della pensione. Così pure, la legge francese stabilisce che la pensione alimentare si preleva sull'eredità: il testo primitivo soggiungeva « che « il capitale della pensione sarà prelevato dall'eredità ». Questa disposizione venne modificata perchè il prelievo avrebbe potuto talvolta presentare qualche difficoltà e perchè « il servizio della « pensione sarà bastevolmente garantito dal diritto spettante « al coniuge di chiedere la separazione dei patrimonî e mercè « l'iscrizione ch'egli potrà prendere sugli immobili ereditari « per conservare il proprio privilegio (art. 211) » (D. P., 1891, 4, 23).

Supponiamo che sia stato fatto un prelevamento sul capitale e questo sia stato investito in rendita nominativa le cui annualità siano esigibili dal coniuge superstite: in seguito a circostanze imprevedute, lo Stato non paga più gli interessi della rendita.

Potrà il coniuge pretendere dagli eredi un'altra garanzia? Potranno gli eredi chiedere la riduzione della pensione? Dovrà il coniuge sopportare la perdita?

Al momento della morte, il coniuge superstite che versa in bisogno, ha un credito alimentare contro l'eredità del premorto; gli eredi, i quali non sono personalmente tenuti al debito, ma vi sono obbligati secondo le forze dell'eredità, hanno concesso al coniuge superstite, per soddisfare tale diritto e pagare il

loro debito, l'usufrutto di un determinato capitale. Il coniuge superstite ha accettato. Conseguentemente, l'eredità è liberata; se, in seguito, l'usufrutto cessa d'aver valore, il coniuge non avrà alcun regresso, perchè il suo diritto al regolamento della pensione si è esaurito.

In realtà, colla concessione dell'usufrutto, gli eredi hanno fatto scomparire lo stato di bisogno in cui versava il coniuge all'epoca della morte. Il perimento dell'usufrutto è un nuovo bisogno che non può servire di base a un'azione ulteriore.

Il debito alimentare grava, non già gli eredi, ma la successione. A fine di permettere di determinarne l'ammontare, la legge ha, mercè una finzione, considerata la successione come un ente a sè; fissata la pensione, soddisfatto al diritto dell'alimentando, la finzione scompare; ciascuna quota dell'eredità è assorbita dal patrimonio di ciascun erede, e il coniuge che fu pagato del proprio credito non ha più alcun diritto da esercitare. In questo senso si esprimeva, alla Camera dei deputati di Francia, il relatore Piou: « Il motivo che giustifica la fissazione di un « termine così breve è quel medesimo per cui il Senato stabilì « che il regolamento, una volta fatto, sia definitivo, nel senso « almeno che il coniuge non potrebbe pretendere di modificarlo « col pretesto di nuovi bisogni. Il vero debitore della pensione « alimentare è l'eredità, poichè gli eredi non assumono alcuna « obbligazione personale di fronte al coniuge superstite. Ora, « questa eredità non ha, secondo il rigore dei principî, una « personalità giuridica; a dir vero, salvo il caso della separa- « zione dei patrimonî o dell'accettazione beneficiata, non pos- « siede entità distinta; essa s'incorpora, per confusione, col « patrimonio degli eredi, investiti di pien diritto, dal giorno « della morte, per effetto della loro vocazione legale. La legge « attuale ammise peraltro, mediante una specie di finzione, che « l'eredità si reputi sussistente per un anno, affine di permet- « tere al coniuge superstite di esercitare i suoi diritti; ma « questa stessa finzione è una concessione di cui convien limi- « tare la durata. A maggior ragione giustizia vuole che, una « volta fatto il regolamento, il coniuge non possa più doman- « darne la modificazione. Il suo debitore non esiste più; non è « più possibile verificarne la solvibilità. La legge ha potuto

« bensì, allo scopo di meglio tutelarne gli interessi, prolungare
« per un intero anno, ed anche fino alla divisione, l'esistenza di
« questo debitore fittizio; ma non potrebbe risuscitarlo poi ogni
« qual volta si verificasse una mutazione nello stato di bisogno
« dell'alimentando. Si comprende benissimo, invece, che gli eredi
« abbiano facoltà di chiedere la sospensione o la riduzione
« della pensione primieramente stabilita; perchè costoro si tro-
« vano di fronte a un creditore del quale è sempre facile ve-
« rificare la condizione e valutare il diritto. Se il coniuge su-
« perstite conservasse la pensione mentre i suoi bisogni sono
« cessati, la riceverebbe, non più a titolo di credito alimentare,
« ma di diritto successorio; il che sarebbe in contrasto colla
« mente del legislatore » (Relazione Piou alla Camera dei de-
putati, *Doc. parl.*, agosto 1890, p. 156; SIR., *Lois annotées*, 1891,
p. 105).

Similmente la relazione fatta alla Camera dei rappresentanti
del Belgio suona così: « È pur nella natura delle cose che
« il superstite non possa, secondo le circostanze, reclamare più
« tardi un aumento della pensione. Al contrario, importa assai
« che l'ammontare e le condizioni di questa siano determinati
« fin da principio. Non si potrebbe permettere il rinnovarsi
« senza limiti di una disputa di questa specie fra il superstite
« ed eredi coi quali è assai probabile che non esista più alcun
« rapporto » (*Pasin.*, 1896, p. 389).

Si potrebbe peraltro muovere un'obbiezione.

È nulla qualsiasi convenzione che regoli l'ammontare degli
alimenti (*supra*, n. 511); il contratto con cui gli eredi e il co-
niuge superstite vincolano le rendite di un determinato capi-
tale al pagamento della pensione alimentare, non sarebbe quindi
valido qualora togliesse al coniuge il diritto di reclamare nuove
garanzie nel caso in cui venissero meno quelle che gli furono
date.

In linea di principio, è certo che il creditore alimentare non
può rinunziare al diritto di chiedere gli alimenti all'obbligato,
anche se costui, in corrispettivo di questa rinunzia, gli ce-
desse un capitale o un usufrutto che facesse scomparire mo-
mentaneamente il bisogno. La regola non è per altro applica-

bile al diritto del coniuge superstite in causa appunto dell'indole particolare di questo credito.

Il coniuge superstite non ha diritto agli alimenti se non quando, al tempo della morte, si trovi in istato di bisogno; cedendogli l'usufrutto di un capitale gli eredi fanno scomparire il bisogno; perciò il credito si estingue. Se in seguito l'usufrutto diviene privo di valore, il coniuge non ha più diritto di pretendere ancora gli alimenti, non già pel motivo che vi abbia rinunziato in forza della convenzione stipulata cogli eredi, ma perchè non gli deriva diritto agli alimenti dalla condizione di bisogno in cui venga a cadere dopo la morte.

Sic, quanto alla necessità che l'attivo della successione superi il passivo, trib. Avesnes, 13 luglio 1894, D. P., 1895, 2, 201 e la nota.

541-542. Come vedemmo (*supra*, n. 539), l'estensione del diritto del coniuge superstite si determina al momento della morte; l'ammontare della pensione viene stabilito in relazione ai mezzi di cui possono disporre a quest'epoca esso e l'eredità.

Ne risulta che se in proseguo i beni abbandonati dal defunto aumentassero di valore, il coniuge superstite non potrebbe pretendere un accrescimento della pensione.

Questa conseguenza venne espressamente riconosciuta in Francia e nel Belgio nel corso dei lavori preparatorî.

« Invero », dice la relazione fatta al Senato belga in nome « della commissione della giustizia, « essa (la pensione) non « può essere aumentata, perchè la condizione del debitore, cioè « dell'eredità, si trova definitivamente fissata al momento della « morte. Questa conseguenza venne espressamente riconosciuta « durante la discussione della legge francese » (*Pasin.*, 1896, p. 412).

543. Gli alimenti sono dovuti dalla successione e non dagli eredi. Perciò, se la pensione fu stabilita e il pagamento della medesima diviso fra i diversi eredi in proporzione alla quota d'eredità raccolta da ciascuno, l'un d'essi non potrebbe, col pretesto che i suoi mezzi sono diminuiti, chiedere la riduzione della pensione in confronto al coniuge superstite, e parimenti costui non avrebbe diritto di pretendere un aumento allegando

che il patrimonio di questo erede si sia, anche notevolmente, accresciuto.

Sic. DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 360, e *supra*, n. 540.

544. Il coniuge superstite ha diritto agli alimenti, secondo la legge francese, esistano o no figli nati dal matrimonio. I figli saranno dunque tenuti agli alimenti come figli e come eredi. Per stabilire l'importo di quanto debbono somministrare in qualità di figli, bisogna tener conto del valore che rappresenta pel coniuge superstite l'azione alimentare che al medesimo spetta contro la successione (*supra*, n. 523).

Nel Belgio, il coniuge superstite non ha alcuna azione alimentare contro l'eredità, se il predefunto abbia lasciato figli nati dal suo matrimonio coll'alimentando.

Questa disposizione sembra ispirata al principio che, in tal caso, soltanto i figli sono tenuti agli alimenti e che il permettere di richieder loro la relativa prestazione, come eredi e come figli, potrebbe dar luogo a difficoltà (*supra*, n. 538).

545. L'articolo 207 del codice dichiara che l'obbligazione degli alimenti è reciproca.

Dalla natura stessa delle cose si evince che questa disposizione non è applicabile al credito alimentare del coniuge superstite verso l'eredità.

L'opposizione fu fatta in modo esplicito durante i lavori preparatorî della legge belga e della legge francese.

546. La separazione personale non distrugge il vincolo del matrimonio e il debito alimentare continua a sussistere fra i coniugi. Il superstite ha quindi un credito a titolo d'alimenti verso l'eredità, anche in caso di separazione. La legge belga lo dichiara espressamente, quantunque sarebbe stato inutile, poichè la regola scaturisce dai principî generali.

Sic., DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 356.

547. Il coniuge superstite contrae nuove nozze. Se non scompare il bisogno in cui versava al tempo della morte del primo

sposo, saranno gli alimenti dovuti malgrado il secondo matrimonio?

A consultare soltanto i principî, bisognerebbe, nel silenzio della legge e dei lavori preparatorî, rispondere negativamente. Il debito che incombe all'eredità è quello del coniuge predefunto; gli alimenti vengono soddisfatti in nome di costui e, diremmo quasi, per di lui conto. Si presenta subito come cosa anormale che gli alimenti debbano essere somministrati, in nome del primo coniuge, alla persona che ne prese un secondo, di guisa che questa persona avrebbe due coniugi obbligati agli alimenti verso di lei.

Nel Belgio tale soluzione non può ammettersi a motivo dei lavori preparatorî della legge. « La vostra commissione », disse il relatore al Senato, « si è posta il quesito se convenisse privare, in caso di seconde nozze, il coniuge superstite del suo « diritto ad una pensione a titolo d'alimenti. Secondo il progetto, « il diritto all'usufrutto ereditario si estingue in caso di seconde « nozze quando esistano discendenti legittimi del defunto. Il « legislatore non pronunziò l'istessa decadenza rispetto alla « pensione alimentare. Infatti non sussistevano uguali motivi « per stabilirla. Nella realtà delle cose, il nuovo matrimonio del « coniuge ben di rado gli procurerà maggiori mezzi patrimo- « niali. In questa ipotesi, conformemente al principio generale « dell'articolo 208, gli eredi possono chiedere che la rendita da « loro soddisfatta venga diminuita ed anche soppressa ». (*Pasin.*, 1896, p. 412).

Nessuna protesta fu sollevata contro questa dichiarazione. Così essendo, bisogna riconoscere che il legislatore belga non volle fare del secondo matrimonio del coniuge superstite una causa d'estinzione della pensione alimentare.

Le opinioni espresse durante la discussione di una legge non possono, è vero, sostituire il testo della legge medesima e noi non esitiamo a respingere qualsiasi argomento se ne voglia trarre, allorchè quelle opinioni violano un principio che non era in questione e che l'oratore avea dimenticato; ma nel caso nostro, trattasi delle cause d'estinzione di un diritto che la legge ha creato e di cui determina la natura; se è illogico mantenerlo nell'ipotesi delle seconde nozze, ciò peraltro non offende

alcun principio formulato dalla legge, e quindi bisogna ammettere l'interpretazione che necessariamente scaturisce dai lavori preparatorî.

548. Così in Francia come nel Belgio, il coniuge superstite deve far valere il proprio diritto entro un termine fissato. Il motivo di questa disposizione è che il debito alimentare incombe all'eredità, e che, trascorso alquanto tempo, diventa difficile stabilirne la consistenza (Cfr. relazione Piou, citata *supra*, n. 540).

Dice la legge belga: « Il termine per reclamare la pensione è di « un anno dal giorno della morte ». La francese dichiara: « Il « termine per dimandarli (gli alimenti) è d'un anno a datare « dalla morte e vien prolungato, in caso di divisione, fino a che « questa sia ultimata ».

Dai testi legislativi risulta (e l'interpretazione è confermata dai lavori preparatorî) che il coniuge superstite il quale abbia trascurato di agire prima della scadenza del termine, è decaduto dal suo diritto di reclamare gli alimenti.

Sic DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 357.

549. Come vedemmo nel numero precedente, a sensi della legge francese, in caso di divisione, il termine viene prolungato fino a che la medesima sia completamente eseguita.

Infatti, sino a quando la divisione non è ultimata, può essere difficile di stabilire la consistenza dell'eredità, e, rispetto al coniuge superstite, di conoscere se esso verserà in istato di bisogno. Questa considerazione spiega il prolungamento del termine nell'ipotesi formulata. Ne risulta che il principio si applicherà a qualsivoglia divisione cui dà luogo la morte del coniuge predefunto, tanto a quella della comunione, quanto a quella dell'eredità.

D'altronde a questa non si può procedere se non dopo compiuta la prima.

Sic DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 306.

550. Il credito alimentare del coniuge superstite è un debito che grava la successione.

Deve quindi essere sopportato da tutti gli eredi e in conformità ai principii generali. Se l'eredità è insufficiente per soddisfare insieme i debiti e i legati, i legatari dovranno sostener l'onere della pensione in proporzione al loro emolumento, come dichiara in modo espresso l'articolo 205 (nuovo).

Può darsi che il defunto abbia dichiarato che certi legati debbano essere soddisfatti con preferenza agli altri; in tal caso, il servizio della pensione incomberà anzitutto a questi ultimi; solo quando siano insufficienti, vi parteciperanno i legati pagabili con prelazione.

Quand'è che i legati saranno insufficienti?

La legge francese rimanda ai principî generali disponendo che, in questa ipotesi, si applicherà l'articolo 927 del codice civile.

Dice la legge belga: « Nondimeno, se il defunto abbia dichia-« rato che taluni legati debbono essere soddisfatti prelativamente « agli altri, i legati stessi non contribuiranno alla pensione se « non in quanto non bastino le rendite degli altri ». Si dovrà concludere da ciò che, per sapere se i legati da soddisfare con precedenza contribuiscono alla pensione, sia a tenersi conto soltanto delle rendite dei legati? Il testo primitivo della legge belga era analogo a quello della legge francese; la sezione centrale propose la formola che passò nella legge; il ministro della giustizia dichiarò di accettare l'emendamento, perchè « esprime il medesimo concetto del testo primitivo, ma in modo « più preciso, più limpido ». Per giustificare l'emendamento, il relatore diceva: « Anzitutto, non era logico invocare, nell'arti-« colo 205 del codice, un articolo che viene molto più tardi. « Inoltre, il testo primitivo si esprimeva in modo poco corretto « dichiarando che si sarebbe applicato l'articolo 927 del codice « civile. Letteralmente, l'asserzione è inesatta. L'articolo 927 « prevede il caso in cui occorra ridurre taluni legati. Ora, qui « si tratta di determinare chi, in un caso particolare, dovrà « sostenere l'onere della pensione, il che è affatto diverso ». (Seduta del 18 marzo 1896).

Sembra dunque che la modificazione sia stata puramente di forma: il legislatore non intese derogare ai principii generali

intorno alla contribuzione dei legati ai debiti, e le difficoltà che possono presentarsi nella pratica debbono essere risolute alla stregua di questi principî, che l'articolo 205 ha lo scopo soltanto di ricordare.

Esamineremo insieme, più innanzi, principî e difficoltà.

CAPO VI.

DEI DIRITTI E DEI DOVERI RISPETTIVI DEI CONIUGI

Sezione I. — Dei doveri comuni ad entrambi i coniugi.

§ 1. Principi generali.

551. *Il codice civile ha consacrato il principio che, durante il matrimonio, la moglie è soggetta alla potestà del marito* (art. 213).

III, 82-83.

La moglie deve obbedienza al marito. La potestà che questo principio conferisce al marito sulla moglie è limitata dall'obbligo di proteggerla, di prestarle soccorso ed assistenza; questa potestà non produce altro effetto fuori di quello di attribuire al marito la facoltà di decidere riguardo a ciò che concerne la vita comune dei coniugi; non dà la donna in proprietà o in dipendenza all'uomo, nè permette a costui, sotto il pretesto di correggerla, di usarle violenza.

Per quanto attiene al rispetto, ai riguardi che mutualmente si debbono, esiste fra i coniugi la più perfetta eguaglianza; nè il marito può tenere verso la moglie un contegno che sia illecito alla donna verso il marito. Poichè il matrimonio è essenzialmente l'unione fisica e morale degli sposi, la loro vita morale, al pari di quella fisica deve essere comune, nè uno dei coniugi potrebbe celare alcunchè all'altro, salvo eccezioni risultanti da circostanze specialissime. Donde segue che ciascuno dei coniugi, la moglie come il marito, ha diritto di conoscere la corrispondenza dell'altro, eccetto che questa abbia legalmente un carat-

tere confidenziale, per esempio quando si riferisca alla funzione pubblica esercitata dal marito; per conseguenza, se uno degli sposi tenesse con terzi una corrispondenza ingiuriosa per l'altro, costui avrebbe diritto di prenderne cognizione, senza che si possa distinguere fra la moglie e il marito.

Cfr. Huc, v. II, n. 233.

Circa il diritto di correzione, confr. Chambery, 4 maggio 1872, Sir., 1873, 2, 217; *J. Pal.*, 1873, 885.

Riguardo al diritto di conoscere la corrispondenza, confr. Bruxelles, 28 aprile 1875, Sir., 1877, 2, 161; *J. Pal.*, 1877, 706; — Nîmes, 6 gennaio 1880, Sir., 1881, 2, 54; *J. Pal.*, 1881, 1, 322.

§ 2. Doveri speciali.

N. 1. Fedeltà, assistenza e soccorso.

III, 84-85

552. *Questi doveri sono determinati dall' articolo 212 del codice.*

N. 2. Dovere di coabitazione.

III, 86

553. *Questa obbligazione, come la determina l'articolo 214, è dell'essenza del matrimonio, e la moglie deve eseguirla anche se il marito stabilisca la propria residenza fuori del regno.*

Su quest'ultimo punto, *sic* Aubry e Rau, v. V, § 470, nota 12; — Huc, v. II, n. 235, e *supra*, n. 296.

III, 87

554. *L'obbligo della moglie di abitare col marito è subordinato al dovere che incombe a quest'ultimo di trattarla secondo le proprie risorse e il proprio stato; la donna può quindi vivere separata dal marito, se la casa coniugale è sprovvista degli oggetti di prima necessità, se il marito trae sussistenza da mezzi vergognosi, se offende la dignità della moglie, per esempio mantenendo una concubina sotto il tetto domestico, se abita un appartamento separato dove ricusa di ricevere la moglie, se fa subire alla donna cattivi trattamenti. In questi casi, la moglie non sarà obbligata a chiedere il divorzio o la separazione personale, perchè tale domanda costituisce un diritto di cui la*

donna può non usare e sarebbe immorale costringervela indirettamente.

Cfr. al testo: Bruxelles, 1.° marzo 1897, *J. Trib.*, 1897, 517; — trib. Bruxelles, 19 febbraio 1896, *Pasic.*, 1896, III, 167; — Bruxelles, 14 maggio 1894; *Pasic.*, 1895, II, 185, e la nota; — Pau, 8 maggio 1890, SIR., 1891, 2, 39; *J. Pal.*, 1891, p. 82; — Bordeaux, 3 gennaio 1882, DALL., *Rép.*, *Supp*, v. *Mariage*, n. 408, nota 1; — Alger, 3 febbraio 1879, DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 412, nota 1; — *J. Pal.*, 1880, 1216, SIR., 1880, 2, 318; — Cass. Fr., 2 gennaio 1877, D. P., 1877, 1, 162, colla relazione del consigliere Onofrio, SIR., 1877, 1, 257; *J. Pal.*, 1877, 652; — AUBRY e RAU, v. V, § 471, p. 136; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 412; — HUC, v. II, n. 3, p. 236; — BAUDRY-LACANTINERIE, v. I, n. 618; — cfr. Cass. Fr., 11 gennaio 1897, D. P., 1897, 1, 40.

V. *supra*, n. 514.

555. *L'obbligo del marito di ricevere la moglie è assoluto nel senso che egli non potrebbe, per rifiutarvisi, invocare la mala condotta della donna durante il tempo in cui abbandonò il domicilio coniugale: solo chiedendo il divorzio o la separazione coniugale potrebbe sottrarsi a questo dovere al quale corrisponde una reciproca obbligazione della moglie.* III, 88

Tutte le obbligazioni che il matrimonio impone ai coniugi sono correlative: gli articoli 212 a 214 non fanno alcuna distinzione fra loro. Il Laurent ha certamente ragione quando insegna che il marito non può, pretestando che la donna l'ha abbandonato e ha tenuto cattiva condotta, rifiutarsi di riceverla nel domicilio coniugale allorchè chiegga di ritornarvi: in questa ipotesi, la moglie è disposta a soddisfare al proprio obbligo di vivere col marito e costui non può dire, per conseguenza, che essa ricusi di adempiere al dover suo.

Diversa sarebbe la questione se la moglie, mentre vive col marito, si rifiutasse di eseguire le obbligazioni che il matrimonio impone ad entrambi; per esempio, se maltrattasse il marito.

Questi avrebbe allora, incontestabilmente, il diritto di abbandonarla e non sarebbe tenuto a provocare il divorzio o la separazione personale: tanto per lui quanto per la moglie, l'azione di divorzio o quella diretta ad ottenere la separazione personale costituiscono un diritto, che, al pari della donna, non può egli essere costretto ad esercitare.

Contra: Cass. Fr., 27 giugno 1874, che annulla la sentenza di Parigi, 31 marzo 1873, Sir., 1874, 1, 214; *J. Pal.*, 1874, 533; D. P., 1874, 1, 140, e cfr. la relazione che precede la sentenza della Cass. Fr., 2 gennaio 1877, D. P., 1877, 1, 162; *J. Pal.*, 1877, 652.

V. *supra*, n. 554.

III, 89-93

556. *Il marito non deve più gli alimenti alla moglie che, senza giusta causa, abbandona il domicilio coniugale. Per costringerla a rientrarvi, non può, se il matrimonio è contratto sotto il regime della dote o sotto quello della separazione dei beni, apprendere le rendite della donna, perchè nessuna legge lo abilita a ciò; così pure la moglie non può essere condannata ai danni interessi fin quando non ritorni al domicilio coniugale; del pari il marito non può essere autorizzato a richiedere la forza pubblica per obbligarla a rientrarvi. Il dovere della vita in comune che deriva dal matrimonio è puramente morale e non è ammessibile l'esecuzione forzata del medesimo.*

Come dice il Laurent, fu solo per aver dimenticata la vera natura del matrimonio che giurisprudenza e dottrina ammisero talvolta i diversi mezzi di coazione che il testo giustamente insegna inapplicabili all'obbligo della vita comune. Si è scordato che se il matrimonio è un contratto civile, questa formola significa esclusivamente che, di fronte alla legge civile, il matrimonio è regolato da esso soltanto e che la sua esistenza è indipendente da qualsivoglia ingerenza d'una potestà religiosa: ma erroneamente da tale espressione si verrebbe a concludere che il matrimonio costituisce una convenzione, soggetta alle regole che governano le altre convenzioni di cui si occupa il libro III del codice civile.

Queste convenzioni sono uno dei mezzi coi quali si acquista la proprietà; il matrimonio è uno stato che non ha alcuna relazione con essa. I diritti e le convenzioni che ne derivano sono regolati esclusivamente dagli articoli del codice consacrati al matrimonio; ora, in nessun punto la legge dice che la vita comune, di cui essa crea l'obbligo, possa essere coattivamente imposta, mediante una violenza morale o materiale, al coniuge che vi si rifiuta; conseguentemente tale coazione non può essere esercitata.

Le cassazioni del Belgio e della Francia respingono questo sistema.

« Il matrimonio, quale è disciplinato dalle nostre leggi, co-
« stituisce » dice la Corte suprema del Belgio nella sua sentenza del 9 gennaio 1879, « un contratto civile e questo contratto
« genera obbligazioni civili della stessa indole: perciò la moglie
« si obbliga a coabitare col marito; tale obbligazione, che è
« dell'essenza del matrimonio, non può essere considerata come
« un semplice dovere morale cui la donna potrebbe sottrarsi
« senza incorrere in veruna civile responsabilità; se, senza le-
« gittimi motivi, essa ricusa di abitare sotto il tetto coniugale,
« il marito può agire giudizialmente contro di lei e nulla gli
« impedisce di reclamare il beneficio dell'articolo 1142 del co-
« dice civile ».

Ecco dunque la completa equiparazione del matrimonio agli altri contratti civili! Donde la conseguenza che, qualora gli sposi abitino insieme e la moglie rifiuti di aver rapporti col marito, se essa agisce senza motivo, per capriccio o per fare affronto al proprio sposo, violerà una delle obbligazioni essenziali del matrimonio. Il marito potrà quindi convenirla in giudizio per sentirla condannare ai danni interessi, precisamente come il conduttore citerebbe in risarcimento il proprietario che gli impedì di godere della cosa locata. Un simile risultato non prova tutta l'erroneità dell'equiparazione fatta dalla Corte? Essa dice che il matrimonio, essendo un contratto civile, genera obbligazioni della medesima indole. Questa affermazione, che serve di base a tutto il ragionamento del magistrato supremo, non ha valore di sorta. Il matrimonio è, senza dubbio, un contratto civile, ma ciò significa unicamente che non è un contratto religioso; se crea obbligazioni della stessa natura, ciò vuol dire che induce obblighi sprovvisti di carattere religioso; fra questa constatazione e l'applicazione dell'articolo 1142 del codice, manca qualsiasi rapporto.

Se non fosse applicabile l'articolo 1142, continua la Corte, l'obbligo della coabitazione non costituirebbe che un dovere morale cui la donna potrebbe sottrarsi senza incorrere in nessuna responsabilità civile. Questa obbiezione cancella dal codice il titolo consacrato al divorzio e alla separazione personale.

Inoltre essa non avrebbe efficacia se non quando fosse dimostrato che l'obbligo della coabitazione e le obbligazioni di fare alle quali si applica l'articolo 1142 sono di natura identica. Ora questa identità esiste così poco che le obbligazioni governate dall'articolo 1142 sono quelle che formano obbietto delle convenzioni delle parti, mentre l'obbligo della coabitazione è una conseguenza necessaria dello stato matrimoniale, e le parti non possono regolarlo convenzionalmente.

È vero che si può estendere, in certa misura, ad una delle obbligazioni che derivano dal matrimonio, il debito alimentare, alcune regole d'esecuzione stabilite per le obbligazioni convenzionali o quasi contrattuali. Ma ciò perchè l'obbligo alimentare ha l'istesso obbietto di queste ultime, creando fra le parti un vincolo analogo a quello che risulta dalle convenzioni, ed è quindi naturale che l'esecuzione dell'uno o delle altre vada soggetta ai medesimi principî.

Qualche decisione, per giustificare l'impiego dei mezzi coattivi, si limita a dire che la legge ha conferito ai tribunali potestà di ordinare quanto sia necessario per l'esecuzione dei loro giudicati. È un errore madornale. I tribunali non esistono che per virtù della legge; non hanno altri poteri fuori di quelli che la legge accorda loro; non esiste disposizione la quale li autorizzi a decidere esclusivamente in che modo le loro sentenze debbono essere eseguite; non possono ordinare una determinata forma d'esecuzione se la legge non la consenta. Posto ciò, la questione si riduce ancora a quella che abbiamo esaminato più sopra: l'obbligo della coabitazione ha una sanzione diversa dal divorzio o dalla separazione personale?

Sic Huc, v. II, n. 237-239; — Baudry-Lacantinerie, t. I, n. 620; dissertazione, *Revue de droit belge*, v. III, p. 133.

Contra: Aubry e Rau, v. V, § 471, p. 135-136, i quali peraltro non ammettono la condanna della moglie ai danni interessi; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 416-419.

Riguardo ai danni interessi, *contra:* Cass. B., 9 gennaio 1879, *Pasic.*, 1879, 1, 50; *Belg. jud.*, 1879, 49; — Liegi, 16 giugno 1897, *Jurisp.*, della Corte d'appello di Liegi, 1897, 221; — Besançon, 29 luglio 1890, *Pasic. fr.*, 1890, II, 141; — Cass. Fr., 26 giugno 1878, Sir., 1879, 1, 176; *J. Pal.*, 1879, 421; D. P., 1879, 1, 80.

Rispetto all'impiego della forza pubblica, *sic* Aix, 22 marzo 1884, DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 418, nota 1; SIR., 1884, 2, 93; *J. Pal.*, 1884, 495.
V. per quanto concerne il rifiuto degli alimenti, *supra*, n. 514.
Cfr. il numero seguente.

557. *Se il marito ricusa di convivere colla moglie, non può essere a ciò obbligato colla forza nè venir condannato ai danni interessi; sarà però tenuto agli alimenti.* III, 94

La questione è identica a quella che discutemmo nel numero precedente; nondimeno, per una strana contraddizione giustamente rilevata dal Laurent, gli scrittori i quali insegnano che il marito può colla forza obbligare la moglie ad abitare con lui, negano alla donna l'istessa facoltà rispetto al marito.

V. le autorità citate nel numero precedente e DALL., *Rép*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 422.

Sezione II. — Dell'incapacità della donna maritata.

§ 1. PRINCIPÎ GENERALI.

558. *L'incapacità giuridica della donna maritata ha lo scopo di tutelare gli interessi delle persone che possono prevalersi della nullità. Essendo fondata sul matrimonio e sulla necessità di proteggere la sostanza familiare, essa è d'ordine pubblico al pari del matrimonio, sussiste finchè questo dura, e la separazione personale non la modifica punto.* III, 95-96

La legge francese del 6 febbraio 1893 (art. 311 nuovo) ha modificato entrambi i principî, statuendo che la separazione personale restituisce alla donna il pieno esercizio della sua capacità civile, esonerandola dal ricorrere all'autorizzazione del marito o a quella giudiziaria.

Se la separazione personale finisce colla riconciliazione dei coniugi, la capacità della moglie è modificata per l'avvenire e regolata dalle norme dell'articolo 1449.

« Questa modificazione non può essere opposta ai terzi se
« non in quanto il ritorno alla vita comune sia constatato me-
« diante atto notarile, un estratto del quale dovrà essere affisso
« nel modo indicato dall'articolo 1445, e inoltre colla menzione

« in margine: 1.° dell'atto di matrimonio, 2.° della sentenza o
« del decreto che pronunziò la separazione; infine colla pubbli-
« cazione per estratto in uno dei periodici del dipartimento
« che ricevono gli annunzi legali.

§ 2. Estensione dell' incapacità.

N. 1. Degli atti stragiudiziali.

I. *Regola generale.*

III, 97

559. *Il principio è che la donna maritata non ha capacità di compiere verun atto giuridico senza l' autorizzazione del marito; e si applica qualunque sia il regime sotto il quale gli sposi contraggono matrimonio, salvo che, se la moglie, in forza del contratto nuziale, conserva l' amministrazione dei suoi beni, può compiere senza essere autorizzata gli atti relativi a questa amministrazione.*

Questa regola non è controversa.

Dal principio che la moglie non può compiere nessun atto giuridico senza esservi autorizzata risulta che se in causa del carattere speciale di una determinata obbligazione essa sia tenuta alla medesima anche quando non fu autorizzata a contrarla (*infra*, n. 561), avrà però mestieri dell'autorizzazione per transigere, compromettere o stipulare qualsivoglia contratto in occasione dell'obbligazione medesima.

Sic Cass. Fr., 15 febbraio 1870, Sir., 1870, 1, 212; *J. Pal.*, 1870, 526; D. P., 1870, 1, 158; — Aubry e Rau, v. V, § 472, p. 143, nota 24; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 450-466.

Riguardo all'estensione del diritto d'amministrazione, v. Laurent, v. XXIII, n. 446 segg.

II. *Eccezioni.*

III, 98-99

560. *La moglie può, senza bisogno di alcuna autorizzazione, compiere gli atti di che agli articoli 226, 1096, 935 del codice.*

Sic Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 459.

Riguardo all'atto preveduto dall'art. 337, v. Laurent, v. IV, n. 38.

561. *La donna maritata è capace di contrarre, senza esservi autorizzata, le obbligazioni che non risultano dalla di lei volontà: conseguentemente, è tenuta pei suoi delitti e quasi delitti. Non è obbligata come gerente d' affari; ma, se cagiona un danno, si vincola verso il terzo per applicazione dell'articolo 1382; in caso di pagamento dell'indebito, deve, anche se separata di beni, restituire quello di cui si è locupletata quando sia in buona fede e tutto ciò che ricevette se sia in mala fede, poichè in tal caso vi è un delitto civile e non un quasi contratto. Non si vincola però validamente assumendo una tutela senza l'autorizzazione del marito.*

III, 100-101

Esamineremo quest'ultima questione al titolo *Della tutela*.
Pel rimanente del testo, *sic* DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 460, 462 e 465; — AUBRY e RAU, v. IV, § 441, p. 722, nota 1; v. V, § 472, p. 142 e 143; — HUC, v. II, n. 247-248. — BAUDRY-LACANTINERIE, v. I, n. 633.

562. L'articolo 6 della legge francese dell'11 aprile 1881 ha portato una nuova deroga al grincipio generale dell'incapacità della donna maritata, dando facoltà alla moglie, sotto qualunque regime, di fare depositi sopra libretti delle Casse di risparmio senza l' autorizzazione del marito. In forza della medesima disposizione la donna può ritirare da sola le somme inscritte sui libretti in parola, salvo opposizione da parte del marito.

N. 2. DEGLI ATTI GIUDIZIALI.

I. *Regola generale.*

563. *La donna maritata, ancorchè separata di beni o pubblica mercantessa, non può stare in giudizio, come attrice nè come convenuta, senza esservi autorizzata* (art. 215).

III, 102

Ha pur bisogno dell'autorizzazione per presentarsi innanzi al conciliatore perchè, se anche non si tratta di stare in giudizio, il procedimento tende ad una transazione.

Non possiamo accogliere quest'ultima soluzione. La comparsa all' ufficio di conciliazione è il preliminare della domanda giudiziale: la parte che si presenta agisce giudizialmente dinnanzi alla giurisdizione graziosa. Perciò è forza ammettere, contrariamente all' asserto del Laurent, che se la moglie dev' essere

autorizzata a comparire avanti al conciliatore, ciò accade perchè le è necessaria un'autorizzazione per stare in giudizio. La questione non manca d'importanza: se il difetto d'autorizzazione a stare in giudizio è d'ordine pubblico, l' ufficio di conciliazione, quando si avvede che la donna non è autorizzata, non deve ammetterla a comparire; se, per l'opposto, l'autorizzazione occorre, come insegna il testo, per transigere, poco importa che la moglie sia autorizzata o no, dove le parti non addivengano a una transazione.

Perchè la donna maritata sia capace a transigere dinnanzi all'ufficio di conciliazione, non basta che sia stata autorizzata a presentarvisi: è inoltre necessario che abbia avuta l'autorizzazione ad accettare la transazione. Occorreranno dunque, in questa ipotesi, due autorizzazioni, la prima per comparire, la seconda per transigere.

Sic Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 430.
Contra e conforme al testo: Baudry-Lacantinerie, v. I, n. 627.
Riguardo al principio, *sic* Cass. Fr., 21 febbraio 1888, D. P., 1888, 1, 214; *J. Pal.*, 1888, 253.

III, 103 **564**. *L'autorizzazione intervenuta durante il corso del giudizio sana la nullità degli atti compiuti dalla donna senza esservi stata autorizzata.*

Sic trib. Gand, 1 maggio 1895, *Pasic.*, 1895, III, 349, e la nota; — Gand, 29 maggio 1881, *Pasic.*, 1882, II, 129; *Belg. jud.*, 1881, 1210; — Parigi, 15 febbraio 1887, D. P., 1887, 2, 189; — 4 dicembre 1875, D. P., 1876, 2, 209; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 482.

II. *Eccezioni.*

a. In materia civile.

III, 104-105 **565**. *Non vi hanno altre eccezioni all'infuori di quelle stabilite dalla legge. Perciò la moglie deve essere autorizzata anche quando scenda in giudizio contro il marito; se questi si fa attore, la citazione della moglie equivale all'autorizzazione tacita.*

Sic Nimes, 7 maggio 1879, D. P., 1879, 2, 133; — Cass. fr., 18 marzo 1878, *J. Pal.*, 1878, 497; D. P., 1878, 1, 201; — 8 marzo 1875, D. P., 1875, 1, 482; *J. Pal.*, 1875, 397; Sir., 1875, 1, 171; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 428.

566. *La moglie deve essere autorizzata allorchè venga iniziata in di lei confronto una procedura d' espropriazione, giudiziale o stragiudiziale.* III, 106

V. Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 448.

567. *Allorchè la moglie domanda il divorzio, la separazione personale o quella dei beni, l'autorizzazione del marito è sostituita dalla giudiziale* (art. 240, 241 del codice civile; 865, 875, 878 del codice di procedura civile). III, 107

568. *La moglie non può chiedere l'interdizione del marito senza essere a ciò regolarmente autorizzata.* III, 108

Cfr. Aubry e Rau, v. V, § 472, n. 141.

569. Nonostante il principio secondo cui la donna maritata può stare in giudizio senza autorizzazione soltanto nei casi espressamente contemplati dalla legge, bisogna ritenere ch'essa possa agire in *référé* (ricorso urgente) senza esservi autorizzata.

Questa eccezione risulta dall'istessa natura della domanda in *référé*.

Esso suppone un'urgenza che molte volte è tale da escludere la possibilità di ricorrere alla procedura necessaria per l'abilitazione della donna; d'altro canto la decisione del magistrato di *référé* non spiega alcuna influenza sul marito ed ha essenzialmente il carattere di un atto conservativo: ora, abbiamo già veduto che la moglie, sebbene non autorizzata, è capace di fare gli atti conservativi (*supra*, n. 560).

Sic Bruxelles, 26 dicembre 1888, *Pasic.*, 1889, II, 223; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 447; — Chauveau sur Carré, quest. 2754 *quater*.

b. **In materia criminale.**

III, 109-110

570. *Siccome la donna contro la quale si procede in materia penale o di polizia ha sempre interesse a difendersi, l'articolo 216 la dispensa dall'autorizzazione. Se l'azione civile nascente dal reato è portata dinnanzi ai tribunale civile, la moglie dovrà essere autorizzata.*

Se invece l'azione civile è portata innanzi al magistrato penale richiesto dal pubblico ministero, costituisce allora l'accessorio dell'azione pubblica e la donna non abbisogna dell'autorizzazione per difendersi contro la medesima. Diversamente è a dire se agisca la parte civile e non il ministero pubblico: in tal caso è inapplicabile l'articolo 216 poichè l'azione tende soltanto ad ottenere i danni interessi; d'altro canto lo spirito della legge si oppone all'applicabilità di questa disposizione, poichè la moglie può aver interesse a tacitare il querelante per impedire al pubblico accusatore di concludere contro di lei.

Quest'ultima soluzione è la sola discussa. Noi la pensiamo diversamente dal testo.

Il Laurent sembra dimenticare che l'azione portata direttamente dinnanzi al tribunale repressivo dalla parte civile, investe il magistrato dal punto di vista penale precisamente come se fosse promossa dal pubblico ministero; la citazione della parte civile mette in movimento l'azione pubblica di cui forma un accessorio; il tribunale deve statuire per entrambe le azioni e può condannare, qualunque sia la conclusione del pubblico accusatore e sia stata, oppure no, tacitata la parte civile (articolo 145, 182 del codice d'istruzione criminale). La donna quindi si trova sempre nella medesima condizione, tanto se venne citata dal pubblico ministero quanto se lo fu dalla parte civile; in entrambi i casi essa è esposta ad una condanna penale; in entrambi i casi si difende contro l'azione pubblica; perciò non le occorre l'autorizzazione nè nell'uno, nè nell'altro caso.

Sic Parigi, 3 aprile 1879, D. P., 1880, 2, 78; — DALL., *Rép., Supp.*, v. *Mariage*, n. 440.

Cfr. al testo, HUC, t. II, n. 244; — BAUDRY-LACANTINERIE, v. I, n. 629; — AUBRY e RAU, v. V, § 472, p. 140.

§ 3. Dell'autorizzazione maritale.

N. 1. Principii generali.

571. *L'autorizzazione maritale, accordata per atti giudiziali o per atti stragiudiziali, consiste nell'approvazione o nel consenso che il marito presta all'atto.* III, 111-112

Per distinguere se il marito si è limitato ad autorizzare la moglie o le diede mandato di agire per lui, bisogna vedere se l'atto concerna i diritti della donna o quelli del marito: la distinzione ha molta importanza, perchè nel primo caso la moglie rimane obbligata, nel secondo no.

N. 2. — Specialità dell'autorizzazione.

572. *L'autorizzazione, sia espressa, sia tacita, dev'essere speciale, cioè particolare a ciascuna causa o a ciascun contratto. Non potrebbe infatti raggiungere il suo scopo di tutelare gli interessi della moglie e quelli della famiglia se il marito non prendesse conoscenza di ogni singolo atto prima di autorizzarlo; per conseguenza sono nulle l'autorizzazione a vendere, quando il marito ignori le condizioni e la data della vendita, come pure l'autorizzazione a prestar garanzia per i debiti che taluno potrebbe contrarre.* III, 113-114

La questione se l'autorizzazione sia specificata a sufficienza è essenzialmente di fatto; le difficoltà che possono insorgere al riguardo debbono essere risolute secondo il principio affermato nel testo.

Se l'autorizzazione precisa la natura dell'atto in modo da permettere al marito di giudicare se siano bastevolmente tutelati gli interessi della donna e quelli della famiglia, essa sarà valida; in caso contrario, no. Per questo motivo in talune circostanze, per esempio quando il contratto di vendita contiene diverse garanzie per assicurare il pagamento del prezzo, non occorre che il marito abbia conosciuta la persona dell'acquirente; è ben diverso se queste garanzie non esistano.

Sic Liegi, 21 dicembre 1892, *Pasic.*, 1893, II, 169; — Cass. B., 23 gennaio 1879, *Pasic.*, 1879, I, 71; *Belg. jud.*, 1879, 465; — trib. Montauban, 17 marzo 1894, Sir. e *J. Pal.*, 1894, 2, 150; — Cass. fr., 4 luglio 1888, D. P., 1889, 1, 357; Sir., 1891, 1, 113; *J. Pal.*, 1891, 268; — Cass. Fr., 19 giugno 1888, *Pasic. fr.*, 1889, V, 139; D. P., 1888, 4, 478; *J. Pal.*, 1888, 1061; — 12 marzo 1883, D. P., 1884, 1, 13; *J. Pal.*, 1885, 1174; Sir., 1885, 1, 495; — Montpellier, 29 novembre 1878, Sir., 1879, 2, 236; *J. Pal.*, 1879, 986; Dall., *Rép.*, *Supp.*, v., *Mariage*, n. 477, nota 1; — Cass. fr., 25 novembre 1878, Sir., 1879, 1, 58; *J. Pal.*, 1879, 128; D. P., 1879, 1, 412; — 4 giugno 1878, Sir., 1878, 1, 464; *J. Pal.*, 1878, 1207; D. P., 1879, 1, 36; — 30 gennaio 1877, D. P., 1877, 1, 348; *J. Pal.*, 1877, 152; — Parigi, 21 dicembre 1875, D. P., 1877, 2, 149-150; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 476; — Huc, v. II, n. 261; Baudry-Lacantinerie, v. I, n. 644.

Contra: Tolosa, 22 maggio 1876, Sir., 1876, 2, 209; *J. Pal.*, 1876, 928; D. P., 1877, 2, 33.

Cfr. Aubry e Rau, v. V. § 472, p. 153, nota 66.

Riguardo all'autorizzazione a stare in giudizio, v. *infra*, n. 594.

III, 115-116

578. *Si fa eccezione al principio della specialità dell'autorizzazione allorchè i coniugi sono separati di beni* (art. 223) *o quando la donna è pubblica mercantessa* (art. 220, 215). *L'autorizzazione generale ad amministrare che il marito conferisce alla moglie sotto un regime diverso dalla separazione dei beni, costituisce la donna mandataria del marito. — Il diritto commerciale determina gli atti che la moglie può compiere come pubblica mercantessa.*

A termini degli articoli 4 del codice di commercio, 9 della legge belga del 15 dicembre 1872, la moglie non può assumere la qualità di pubblica mercantessa senza il consenso del marito.

Bastando questa autorizzazione generica per permettere alla donna di compiere gli atti relativi al suo commercio, si dovrà concludere non essere necessario che l'autorizzazione specifichi il genere del commercio che sarà esercitato dalla moglie?

Si è sostenuto che sarebbe valida l'autorizzazione all'esercizio di qualsivoglia commercio.

Non possiamo aderire a questa tesi, la quale si fonda esclusivamente sulla difficoltà che s'incontrerebbe nello stabilire se un determinato atto rientri nel commercio autorizzato. Un'autorizzazione non è seria se chi la presta non conosce l'estensione della facoltà che accorda, non sa bene ciò che consente.

Il marito che autorizza la moglie al commercio senza precisare di quale si tratti, non sa evidentemente a che cosa presta il suo consenso; un'autorizzazione concessa in tali condizioni non sarebbe che una formalità priva di senso. Perchè l'autorizzazione sia valida, è d'uopo che il marito possa apprezzare quali atti compirà la moglie, quale specie di commercio eserciterà: conseguentemente, l'autorizzazione deve indicare il negozio cui si riferisce.

Sic Bordeaux, 12 novembre 1873, SIR., 1874, 2, 193; *J. Pal.*, 1874, 833; DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Commerçant*, n. 82, nota 1.
Contra: DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Commerçant*, n. 82.

N. 3. DELL'AUTORIZZAZIONE ESPRESSA E DELL'AUTORIZZAZIONE TACITA.

III, 117-120

574. *L'autorizzazione espressa non può risultare se non da una scrittura, autentica o privata, mediante la quale il marito, prima che la moglie si obblighi o al momento in cui ciò accade, manifesta la volontà di autorizzarla. Non occorre che la scrittura sia autentica, neppure se tal forma è richiesta per l'atto principale, giacchè l'autorizzazione non ha nulla di comune colla libera manifestazione della volontà della donna nell'atto principale.*

Per applicazione di questi principi, il marito che trae una cambiale sulla moglie, l'autorizza espressamente ad accettarla; l'accettazione da parte del marito di una lettera di cambio sottoscritta dalla moglie non equivale ad autorizzazione, perchè è posteriore all'atto della donna.

V. le autorità citate al numero seguente.

III, 121-124

575. *Risulta dal testo dell'articolo 217 e dallo scopo di esso, che fu quello di evitare le controversie intorno all'esistenza dell'autorizzazione maritale, precisando il modo in cui dovesse manifestarsi la volontà del marito, che non v'è autorizzazione tacita se non quando il marito, avendo conoscenza del concorso della moglie all'atto, vi partecipa, vale a dire promette o sti-*

pula; se l'atto è tale che il marito non può esservi parte, l'autorizzazione deve necessariamente essere espressa.

Per applicazione di questi principi, non si riterrà autorizzata la donna la quale, dopo la sottoscrizione del marito, dichiara di obbligarsi con lui, o che presta fideiussione pel marito riguardo a un atto scritto da lui e nel quale esso non interviene come parte; non si reputerà autorizzata ad accettare una successione immobiliare, la moglie che dispone, coll'autorizzazione maritale, di una porzione dei mobili, giacchè il marito non partecipa all'accettazione; non si dirà autorizzata la donna, separata dal marito, che contrae obbligazioni pel proprio mantenimento; in tal caso si può considerarla come mandataria del marito.

La regola restrittiva dell'articolo 217 riguardo alla forma dell'autorizzazione tacita non si applica all'autorizzazione di esercitare il commercio, perchè, essendo questa autorizzazione generica, il marito non può concorrere all'atto.

Sic trib. Bruxelles, 27 maggio 1896, *Pasic.*, 1896, III, 222, e la nota; — Cass. fr., 22 febbraio 1893, D. P., 1893, 1, 295; *J. Pal.*, Sir., e *Pasic. fr.*, 1893, 182; — 21 ottobre 1890, *ibid.*; — 20 giugno 1881, *J. Pal.*, 1882, 742; Sir., 1882, 1, 301; D. P., 1881, 1, 354; — 26 luglio 1871, *J. Pal.*, 1871, 185; Sir., 1871, 1, 65; D. P., 1871, 1, 294; — Huc, v. II, n. 251-253.

Contra: Gand, 15 giugno 1871, *Pasic.*, 1872, II, 74; — Liegi, 8 marzo 1871, *Pasic.*, 1871, II, 221; — Cass. Fr., 30 dicembre 1878, Sir., 1879, 1, 106; *J Pal.*, 1879, 257; Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 472, nota 1; — Aubry-e Rau, v. V, § 472, p. 151 e s., nota 58.

Cfr. trib. Montauban, 17 marzo 1894, Sir. e *J. Pal.*, 1894, 2, 150; — Parigi, 9 dicembre 1875, D. P., 1876, 2, 208.

Rispetto all'eccezione relativa all'autorizzazione di esercitare il commercio, *sic* Parigi, 6 giugno 1896, D. P., 1896, 2, 471.

III, 125 **576**. *L'autorizzazione maritale a stare in giudizio può essere espressa o tacita; non è subordinata alle condizioni di cui all'articolo 217, poichè l'articolo 215 non ne fa menzione e le condizioni medesime derogano al diritto comune.*

Il marito che cita la moglie in giudizio, l'autorizza tacitamente; il marito che si difende contro un'azione giudiziale intentatagli dalla donna, non l'autorizza, poichè, contestando la domanda, dimostra che avrebbe ricusato di consentire alla di lei azione.

Non possiamo attenerci a quest'ultima tesi. Convenuto dalla moglie, il marito, che ha veste per autorizzarla, non eccepisce che la donna, mancando dell'autorizzazione, non ha la capacità di stare in giudizio; per l'opposto, accetta la discussione e prende conclusioni in merito. Egli intende quindi che il giudice decida la controversia deferitagli dalla moglie; per ciò la autorizza a stare in causa. Se tale non fosse la sua intenzione, non concluderebbe in merito, ma si limiterebbe a far valere la irricevibilità dell'azione.

Difendendosi, egli concorre all'atto giudiziale iniziato dalla donna e quindi l'autorizza tacitamente (*supra*, n. 575).

Sic Gand, 7 maggio 1887, *Pasic.*, 1887, II, 363; *Belg. jud.*, 1887, 1175; — Nîmes, 7 marzo 1879, D. P., 1879, 2, 133; — Cass. fr., 18 marzo 1878, Sir., 1878, 1, 193; *J. Pal.*, 1878, 497; D. P., 1878, 1, 201; — Cass. Fr., 8 marzo 1875, D. P., 1875, 1, 482; *J. Pal.*, 1875, 397; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 470 e 471.

Contra: trib. Gand, 1 maggio 1895, *Pasic.*, 1895, III, 349, e la nota; — trib. Gand, 22 febbraio 1893, *Pasic.*, 1893, III, 316, e la nota; — trib. Senna 28 febbraio 1892, D. P., 1893, 2, 469.

Decidono che l'autorizzazione può essere tacita: Cass. fr., 29 giugno 1893, D. P., 1895, 1, 463; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 470.

§ IV. Dell'autorizzazione giudiziale.

N. 1. Rifiuto del marito.

577. *Poichè il marito può, fuor di ragione, ricusare l'autorizzazione alla moglie, la legge, per tutelare i diritti di quest'ultima, le ha concesso di invocare l'autorizzazione ai tribunali* (art. 218-219). III, 126.

N. 2. Incapacità del marito

I. *Assenza.*

578. *Quantunque sia probabile che gli autori del codice abbiano inteso di accordare facoltà al giudice di autorizzare la* III, 127

moglie, anche nel caso di semplice allontanamento del marito, bisogna tuttavia, in forza degli articoli 861 a 864 del codice di procedura civile, ritenere che il magistrato non può autorizzare la donna se non quando il marito si trovi almeno in istato di assenza presunta.

Sic AUBRY e RAU, v. V, § 472, p. 146, nota 39; — BAUDRY-LACANTINERIE, v. I, n. 640; — HUC, v. II, n. 269.

II. *Minorità.*

III, 128-129

579. *Quando il marito sia minore, è necessaria l'autorizzazione del magistrato* (art. 224)*: essa non è richiesta per gli atti che il marito, come minore emancipato, ha capacità di compiere da solo.*

Se la moglie è minorenne, ha d'uopo dell'autorizzazione, anzitutto come minore emancipata, e quindi come donna maritata; la regola è identica se il marito sia minore: in tal caso l'autorizzazione maritale è sostituita da quella giudiziaria.

L'articolo 9 della legge belga del 15 dicembre 1872 ha derogato a queste regole, per quanto concerne l'autorizzazione occorrente alla moglie per esercitare il commercio. L'autorizzazione può essere data dal marito minore, purchè sia stato autorizzato a prestare tale consenso in conformità ai principî stabiliti perchè il minore possa esercitare il commercio.

Alle stesse formalità è soggetta la revoca dell'autorizzazione.

Uguale regola viene seguíta in Francia dove si ammette che il marito minorenne può validamente autorizzare la moglie facendosi a ciò abilitare dalle persone che potrebbero integrare la di lui capacità ad esercitare il commercio.

Sic, su quest'ultimo punto, DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Commerçant*, n. 84.
Conforme al testo, DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 492; — HUC, v. II, n. 272.

III. *Interdizione.*

580. *Il giudice non può autorizzare la moglie in caso di demenza del marito se non quando quest'ultimo venga interdetto* (art. 222); *in mancanza di ciò, l'autorizzazione concessa dal marito in un momento di lucido intervallo è valida, di conformità al diritto comune.* III, 130

Il Portalis, nell'esporre i motivi dell'articolo 222, così diceva: « I diritti del marito non vengono sospesi se non in conse- « guenza dell'interdizione o dell'assenza di lui, ovvero per qual- « sivoglia altra causa possa rendergli impossibile di esercitarli « attualmente: in queste ipotesi, l'autorità maritale è sostituita « da quella del magistrato ».

L'esposizione dei motivi del Portalis stabilisce dunque che l'autorità maritale vien sostituita da quella giudiziaria tutte le volte che esiste una causa la quale impedisce al marito di esercitare i propri diritti: donde si è concluso che l'alienato, ricoverato in un istituto di pazzi conformemente, sia alla legge belga 18 giugno 1850 - 28 dicembre 1873, sia alla legge francese 30 giugno 1838, non può autorizzare la moglie e dev'essere equiparato all'interdetto; per conseguenza, soltanto il tribunale potrebbe, sebbene nessuna disposizione espressamente lo dichiari, autorizzare la donna.

Perchè il tribunale abbia facoltà di autorizzare la moglie, sottraendosi al marito, questi deve, come avvertiva il Portalis, trovarsi nella impossibilità di esercitare i suoi diritti. La soluzione della controversia dipende dunque dal punto quale sia la condizione giuridica dell'infermo di mente ricoverato e non interdetto. Se gli atti compiuti dal marito che versa in tale stato psichico sono nulli di pien diritto, si può affermare che esso è incapace ad autorizzare la moglie e che il tribunale lo sostituisce; per l'opposto, se gli atti medesimi sono in massima validi e la loro nullità può essere accordata soltanto qualora si provi la demenza del marito al momento in cui agì, l'autorizzazione da lui data durante un lucido intervallo sarà efficace, e l'articolo 222 non troverà applicazione: in questa ipotesi

la situazione dell'alienato accolto in un ospizio è diversa da quella dell'interdetto e non è lecito quindi estendergli la regola sancita per costui. (Sulla condizione giuridica dell'infermo di mente non interdetto, v. LAURENT, v. V, n. 398 segg.).

Decidono che l'articolo 222 è applicabile in caso di ricoverò: trib. Gand, 28 luglio 1881, *Pand. belges périod.*, 1891, n. 1480; — trib. Verviers, 15 febbraio 1887, *Pasic.*, 1887, III, 90; — Cass. fr., 30 gennaio 1877, D. P., 1877, 1, 348; *J. Pal.*, 1877, 152; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 490; — AUBRY e RAU, v. V, § 472, p. 147, nota 40.

Contra: Gand, 29 dicembre 1871, *Pasic.*, 1872, II, 107; *Belg. jud.*, 1872, 948; D. P., 1874, 2, 153; — HUC, v. II, n. 270; — *Pand. belges*, v. *Autorisation de femme mariée*, n. 222 e s.

III, 131 **581.** *La donna tutrice del marito interdetto può compiere, senza bisogno di essere autorizzata, tutti gli atti relativi alla tutela, perchè la sua nomina la rende capace di eseguire il mandato che le vien conferito. Essa rimane peraltro incapace di fare, senza autorizzazione, gli atti riferentisi ai suoi diritti personali.*

Sic DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 489; — HUC, v. II, n. 270; — *Pand. belges*, v. *Autorisation de femme mariée*, n. 25, 184 e 220.

III, 132 **582.** *Il marito sottoposto a consiglio giudiziale ha facoltà di autorizzare da solo la moglie a quegli atti che può egli medesimo compiere senza assistenza. La donna non è capace di fare gli altri atti se non autorizzata dal marito assistito dal consiglio: i tribunali non possono intervenire, poichè qualsiasi intervento del giudice implica una minorazione dell'autorità maritale e non può accadere fuorchè nei casi preveduti dalla legge; d'altro canto il marito, soggetto a consiglio giudiziario, non è equiparabile nè al minore emancipato, perchè maggiorenne e, in massima, capace, nè all'interdetto il quale non può agire ed è rappresentato dal curatore.*

La legge non dice che, nel caso in cui il marito è sottoposto a consiglio giudiziale, l'autorizzazione debba essere accordata

dal tribunale; d'altro canto, l'articolo 313, che determina gli atti cui può procedere il prodigo senza l'assistenza del consiglio, non fa menzione dell'autorizzazione maritale. Se, ad onta di ciò, si ritiene che la soggezione del marito a un consiglio giudiziario debba avere un'influenza sull'autorizzazione da impartirsi alla moglie per compiere gli atti che il prodigo non può porre in essere senza assistenza, ciò avviene perchè non è razionale permettere al marito di autorizzare atti che non ha la capacità di fare da solo. Dal momento che questa è l'unica causa della modificazione cui va soggetta l'autorità del marito posto sotto consiglio, l'estensione e la natura di tale modificazione vanno determinate dalla causa che la produsse; ora, detta causa, l'incapacità relativa del marito, scompare quando costui è assistito; scompare perciò anche la conseguenza, e si dovrà riconoscere valida l'autorizzazione data dal marito assistito dal consiglio; il tribunale non può quindi sostituirvisi.

Contra: trib. Anversa, 21 dicembre 1892, *Pand. belges périod.*, 1893, 585-586; — Cass. fr., 6 dicembre 1876, Sir., 1877, 1, 64; *J. Pal.* 1877, 138; D. P., 1877, 1, 307 (in questa specie nè il marito, nè il tribunale avevano accordata l'autorizzazione); — Aubry e Rau, v. V, § 472, p. 148; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 491; — Huc, v. II, n. 271.

IV. *Condanna giudiziale.*

583. *L'incapacità, di cui l'articolo 221 colpisce il marito condannato, è temporanea.* III, 133

Essa ha fine colla pena principale. La decadenza vien meno dopochè il marito ha subíta la pena principale, quantunque in Francia sussista ancora la degradazione (art. 34 del codice penale) e nel Belgio permanga la interdizione da taluni diritti (art 31 e segg. del codice penale). Infatti, le conseguenze della degradazione e dell'interdizione sono determinate dagli articoli del codice penale che stabiliscono queste pene e in essi non si trova parola del diritto d'autorizzare la moglie.

Sic Aubry e Rau, v. V, § 472, nota 42, p. 147; — Huc, v. II, n. 268; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 485; — Baudry-Lacantinerie, v. I, n. 640.

584. L'articolo 221 priva il marito condannato a una pena criminale del diritto d'autorizzare la moglie, anche se la condanna sia stata pronunziata in contumacia. Perciò l'autorizzazione maritale, riportata in queste condizioni, è nulla. Permane la nullità se, prima del termine prescrizionale, il condannato, presentandosi, fa cadere la condanna in contumacia (art. 476 del codice d'istruzione criminale)? Fu giudicato in senso negativo per la ragione che *cessante causa, cessat effectus*. Ma crediamo che si debba ritenere il contrario. Da un lato, l'articolo 476 del codice d'istruzione criminale stabilisce che la presentazione del contumace pone nel nulla la sentenza e la procedura fatta contro di lui dopo l'ordinanza di comparizione; donde bisogna logicamente concludere che un effetto diverso, annesso alla condanna per contumacia da una disposizione della legge civile, deve continuare a sussistere. Inoltre, e l'argomento è decisivo, l'articolo 221 del codice civile, come risulta dall'esposizione dei motivi fatta dal Portalis, ha lo scopo di sospendere i diritti del marito fintantochè il medesimo si trova sotto il peso della condanna e di sostituirne l'autorità con quella della giustizia (LOCRÉ, ediz. belga, v. II, p. 306 e 397): una regola stabilita semplicemente dal punto di vista della procedura penale e che d'altronde non sopprime il fatto da cui deriva la sospensione del diritto del marito, non può retroattivamente togliere che il diritto sia stato sospeso e che, per conseguenza, l'autorizzazione maritale, accordata senza diritto, divenga valida.

Contra: trib. comm. Senna, 28 marzo 1889, *la Loi* del 28 marzo 1889; — HUC, v. II, n. 268.

V. *Del caso in cui il marito sia interessato.*

III, 134 **585**. *Quando la moglie contratta col marito o con terzi nel di lui interesse, le basta l'autorizzazione maritale, poichè la legge non richiede quella del magistrato.*

Ic AUBRY e RAU, v. V, § 472, nota 3, p. 148 e seg; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 455 e 493; — HUC, v. II, n. 273.

N. 3. Dei casi in cui il magistrato non può autorizzare la moglie.

586. *Quando il marito rifiuta l'autorizzazione, il magistrato non può che abilitare specialmente la moglie a fare un determinato atto od a stare in giudizio; non potrebbe impartirle l'autorizzazione generica di esercitare il commercio o di abbracciare una professione stabilita, poichè nessuna legge gli accorda una simile facoltà.* III, 135

La questione se il giudice possa autorizzare la donna maritata ad esercitare il commercio, specie nel caso in cui il marito, assente o interdetto, trovasi impossibilitato a manifestare la propria volontà, continua a formare oggetto di controversia. Nel Belgio, essa è decisa dall'articolo 9 della legge 15 dicembre 1892, il quale, dopo aver stabilito che la moglie non può essere pubblica mercantessa senza il consenso del marito, soggiunge, che, in caso d'assenza o d'interdizione di quest'ultimo, il tribunale può autorizzare la donna e l'effetto dell'autorizzazione cessa colla causa che le ha dato luogo. Dall'esposta norma risulta chiaramente che il magistrato non può, sul rifiuto del marito, autorizzare la moglie a esercitare il commercio, ma che questa facoltà gli spetta soltanto in caso di assenza o d'interdizione del marito stesso. In Francia, dove non esiste una disposizione analoga, il giudice non può mai autorizzare la donna all'esercizio del commercio. Come è detto nel testo, simile facoltà non potrebbe appartenere al magistrato se non quando la legge gliela conferisse; ora, la legge gli permette unicamente di accordare autorizzazioni speciali (V. *infra*, n. 591).

La donna che abbraccia una professione, fa ben più che contrarre semplicemente un'obbligazione: essa si crea uno stato che influirà non solo sui suoi interessi pecuniarii, ma altresì sulla reputazione, sull'onorabilità del marito; non trattasi quindi più solamente di abilitare la moglie a determinati atti; è in questione la situazione morale della famiglia. Ora, il solo marito è giudice di questa situazione morale, e contro la sua decisione la donna non ha facoltà di ricorrere ai tribunali se non per domandare, ove del caso, il divorzio o la separazione. Il

magistrato non può dunque abilitare la moglie ad esercitare una professione, mentre nessuna disposizione della legge gliene accorda il diritto.

Riguardo al diritto di esercitare il commercio, *sic* DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Commerçant*, n. 85 e 86, il quale ammette (n. 87) l'autorizzazione del giudice se il marito è interdetto, assente o soggetto a consiglio giudiziario; — AUBRY e RAU, v. V, § 472, p. 145, nota 31; — HUC, v. II, n. 262.

Relativamente al diritto di esercitare una professione, *sic* trib. Senna, 2 marzo 1887, SIR., 1887, 2, 117; DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 495, nota 1; — HUC, v. II, n. 263; — BAUDRY-LACANTINERIE, v. I, n. 641. — *Contra*: DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 495. — Confr. IDEM, *ibid.*, v. *Théâtre*, n. 64.

III, 136-137

587. *Il giudice non può autorizzare la moglie a compromettere* (art. 1004, 83, 6° del cod. di proc. civ.), *nè la moglie non separata di beni ad assumere la veste di esecutrice testamentaria* (art. 1029).

N. 4. FORME DELL'AUTORIZZAZIONE GIUDIZIALE.

III, 138

588. *Le forme dell'autorizzazione giudiziale a stare in causa, sono, quando la moglie è attrice, determinate dagli articoli 861, 863, 864 del codice di procedura civile, 221 del codice civile. Se il marito è minorenne, non occorre citarlo nè sentirlo in camera di consiglio, poichè non può consentire, nè rifiutare il consenso.*

Vi ha discussione sul punto se le formalità prescritte dagli articoli 861 e seguenti del codice di procedura civile debbano essere seguíte quando la moglie ha citato direttamente il marito innanzi al tribunale correzionale o si sia costituita parte civile contro di lui; in questo caso, può il tribunale autorizzare la donna o deve rimandarla a provvedersi nel modo stabilito dall'articolo 861?

Non crediamo di doverci occupare della questione, poichè riflette la procedura.

Nel primo senso, v. DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 503 e le autorità citate ivi; — in senso contrario, trib. Bruxelles, 9 dicembre 1893, *Pasic.*, 1894, II, 139 e la nota; — Gand, 22 febbraio 1893, *Pasic.*, 1893, III, 316.

Pel caso in cui il marito sia minorenne, conforme al testo: DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 497.

589. *Non vi ha legge la quale preveda il caso in cui la moglie sia convenuta. Secondo una consuetudine fondata sopra una vecchia tradizione, l'attore cita congiuntamente la donna e il marito; se questi compare, autorizza tacitamente la moglie; se rimane contumace, la donna viene autorizzata dal giudice; quest'ultima autorizzazione può essere tacita, ad esempio quando sulla conclusione dell'attore che si conceda l'autorizzazione alla moglie, sia pronunziata una sentenza che condanna in contumacia la moglie e il marito citato congiuntamente.* III, 139

Come ogni altro atto capace di esecuzione tacita, l'autorizzazione non si reputerà data dal tribunale, se non quando le circostanze della causa dimostrino chiaramente che il magistrato intese autorizzare la donna; così accade nell'ipotesi formulata dal testo. Diversamente è a dire se l'attore non abbia citato il marito o non abbia concluso che la moglie venga giudizialmente autorizzata; in nessuno di questi casi può affermarsi che siasi specialmente attratta l'attenzione del giudice sulla qualità di donna maritata della convenuta e ch'egli abbia voluto autorizzarla a stare in causa.

Sic Gand, 18 novembre 1891, *Pasic.*, 1892, II, 154; — 22 gennaio 1887, *Pasic.*, 1887, II, 204; — 24 dicembre 1881, *Belg. jud.*, 1882, 273, *Pasic.*, 1882, II, 75; — Cass. Fr., 21 febbraio 1888, D. P., 1888, 1, 214; *J. Pal.*, 1888, 253; — 5 luglio 1881, D. P., 1883, 1, 71; *Pasic. fr.*, e *J. Pal.*, 1883, p. 941; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 506- 507.

Cfr. Gand, 27 marzo 1894, *Pasic.*, 1894, II, 409.

590. *Quantunque secondo il rigore dei principî l'articolo 219 del codice civile non sia stato abrogato dall'articolo 861 del codice di procedura, che suppone una controversia giudiziaria, si ammette nella pratica che quest'ultima disposizione disciplini le formalità da seguirsi dalla moglie per essere autorizzata dal magistrato a compiere un atto stragiudiziale.* III, 140

Sic Huc, v. II, n. 259.
Cfr. Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 496.

III, 141 **591.** *L'autorizzazione del magistrato dev'essere speciale* (articoli 217-219).

Sic Cass. fr., 30 gennaio 1877, D. P., 1877, 1, 348; Sir., 1877, 1, 73; *J. Pal.*, 1877, 152; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 477; — Huc, v. II, n. 261, e vedi *supra*, n. 586 e 572.

§ V. Effetti dell'autorizzazione.

N. 1. Effetti dell'autorizzazione rispetto alla donna maritata.

III, 142-143 **592.** *L'unico effetto dell'autorizzazione è quello di conferire alla donna, relativamente all'atto cui viene autorizzata, la capacità che avrebbe qualora non fosse maritata.*

Sic Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 512-514.

III, 144-148 **593.** *La donna, autorizzata a compiere un atto determinato, è capace di porre in essere tutti gli atti di esecuzione che necessariamente ne dipendono: il marito, autorizzando la moglie ad un atto, volle permetterle di effettuare anche quelli che sono impliciti nel primo.*

Per applicazione di questo principio, la moglie che fu autorizzata a domandare la separazione dei beni e che l'ha ottenuta, può provvedere all'esecuzione della sentenza, cioè alla liquidazione della comunione, al pagamento di quanto le spetta, e a tal fine subastare i beni immobili del marito; può esercitare contro un terzo acquirente l'azione di rescissione per lesione della vendita fatta dal marito; ma non può sostenere la causa cui darebbe luogo la registrazione della sentenza che liquida la comunione, perchè detta sentenza ha posto fine alla liquidazione.

Per applicazione dello stesso principio, la moglie, autorizzata a contrarre un obbligo civile, non può, in esecuzione del

medesimo, assumere obbligazioni commerciali; autorizzata a stare in giudizio, vale a dire a far decidere dal magistrato intorno al suo diritto, non può nè transigere, nè fare acquiescenza, nè deferire un giuramento, nè accettare quello deferitole, nè emettere una confessione, nè rispondere ad un interrogatorio, poichè questi atti implicano una rinunzia.

Sic Cass. fr., 14 maggio 1884, D. P., 1884, 1, 412; *Pasic. fr.*, 1885, 134; — 8 luglio 1878, D. P., 1879, 1, 55 (relativo all'esecuzione di una sentenza di separazione di beni); — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 437, 438, 442, 443, 446, 517, 518, 519 (salvo quanto all'interrogatorio). — Cfr. AUBRY e RAU, v. V, § 472, p. 157, nota 76 e segg., i quali insegnano che la moglie autorizzata a stare in giudizio può fare acquiescenza.

594. *La moglie autorizzata a stare in giudizio, anche in via generica, deve riportare una nuova autorizzazione per ciascun grado di giurisdizione. Non è a distinguere secondo che essa abbia guadagnata o perduta la causa: anche se rimase vittoriosa nel primo giudizio, può aver interesse a transigere, poichè è possibile che la situazione si sia modificata nel corso della causa e d'altro canto l'appello pone nel nulla la sentenza.* III, 149

La moglie dev'essere autorizzata per lasciar spirare il termine ad interporre appello; infatti, mantenendo il silenzio, fa, indirettamente, acquiescenza.

Non possiamo aderire all'opinione espressa nel testo.

Importa distinguere la difficoltà di diritto — se sia valida l'autorizzazione a sostenere una lite attraverso tutti i gradi di giurisdizione — e quella di fatto — se in un determinato caso sia stata concessa tale autorizzazione.

Giuridicamente, l'autorizzazione è valida: l'articolo 215, invero, non esige mica un'autorizzazione speciale per ciascun incidente della procedura; ma si limita a dire che « la moglie « non può stare in giudizio senza l'autorizzazione del marito ». L'autorizzazione non sarebbe nulla perchè viziata dal carattere di generalità richiesto dall'articolo 223 se non quando concernesse, non già una determinata controversia, ma cause non per anco specificate, vale a dire diritti di cui il marito non potè valutare il buon fondamento.

Senza contestare che l'autorizzazione sia speciale, il Laurent insegna ch'essa è nulla, perchè « il marito, autorizzando la « moglie a stare in giudizio, non può prevedere i mezzi di cui « si varrà l'avversario; durante il primo grado di giurisdi- « zione, la controversia può assumere un aspetto diverso; « perciò, se si vuole che gli interessi della donna e della fa- « miglia siano efficacemente tutelati, è mestieri che dopo la « sentenza del primo giudice intervengano una nuova delibe- « razione e una nuova autorizzazione. Un'autorizzazione gene- « rica, accordata per tutti gli stadì del giudizio.... non risponde « pertanto allo scopo della legge e quindi è nulla ».

Non si può trarre la decisione della controversia da questo argomento, perchè prova troppo. Nel momento in cui il marito autorizza la moglie a stare in giudizio come attrice, ignora i mezzi di difesa che addurrà il convenuto; quando l'autorizza a difendersi, conosce solo sommariamente i mezzi invocati dall'attore. Se quindi avesse ragione il Laurent, se occorresse una nuova autorizzazione unicamente perchè la situazione potè modificarsi in seguito all'atteggiamento preso dall'avversario della moglie, sarebbe necessaria una nuova autorizzazione non soltanto per interporre appello, ma non appena l'avversario faccia conoscere i suoi mezzi defensionali, poichè da questo momento la donna può aver interesse a transigere. Ora, è certo che basta l'autorizzazione a stare in giudizio perchè la moglie sia abilitata a proseguire l'intera procedura e chiedere sentenza L'argomentazione del Laurent è dunque erronea. L'errore dell'illustre giureconsulto sta in ciò, ch'egli dimentica che l'autorizzazione contemplata dall'articolo 215 è necessariamente generale, nel senso che permette alla donna di compiere una serie di atti di procedura in condizioni che non potevano essere prevedute nel momento in cui venne autorizzata: essa rimane tuttavia, speciale, in quanto concerne esclusivamente il diritto che la moglie fu autorizzata a reclamare in giudizio.

Ne consegue che, siccome l'autorizzazione a stare in giudizio abilita la donna a compiere tutti gli atti di procedura necessari perchè sia statuito sulle sue domande, la circostanza che questa autorizzazione contempli tutti i gradi di giurisdizione anzichè rifletterne uno solo, non la rende nulla: in entrambi i

casi, essa ha per oggetto unicamente la procedura necessaria a sottoporre all'autorità del magistrato il medesimo diritto della moglie.

A lato della difficoltà di diritto, vi è quella di fatto, ed è questa sopratutto che le decisioni rese sulla materia hanno esaminato, sembrando talvolta confonderla colla prima.

Il marito autorizza la moglie a stare in giudizio; non precisa se intenda abilitarla ad agire nel primo stadio soltanto, ovvero in tutti i gradi di giurisdizione.

Quale sarà l'estensione di tale autorizzazione?

Come si vede, la questione è puramente di fatto: poichè l'autorizzazione può essere anche tacita, bisogna ricercare l'intenzione del marito.

Volle egli autorizzare la donna a proseguire il giudizio in tutti i gradi di giurisdizione, quali siano per essere le sentenze profferite? No; bisogna presumere fino a prova contraria, che considerò soltanto la posizione qual'era a sua notizia al tempo dell'autorizzazione: questa non varrà più se le cose vengono a mutare, se fu giudicato che la moglie non aveva i diritti che il marito credeva le spettassero. Per converso, l'autorizzazione continuerà ad aver valore se la situazione è rimasta la stessa, se fu deciso che quei diritti appartengono effettivamente alla donna. Perciò l'autorizzazione a stare in giudizio permette alla moglie di sostenere l'appello se il primo giudice le diede ragione, ma non l'abilita ad interporre l'appello qualora in prima istanza sia rimasta soccombente.

Sic Cass. fr., 21 febbraio 1888, D. P., 1888, 2, 214; *J. Pal.*, 1888, 253; — 25 febbraio 1879, D. P., 1879, 1, 158; *J. Pal.*, 1879, 662; Sir., 1879, 1, 273; — 22 gennaio 1879, D. P., 1879, 1, 121; Sir., 1879, 1, 252; *J. Pal.*, 1879, 627; — 2 luglio 1878, Sir., 1878, 1, 341; D. P., 1879, 1, 213; *J. Pal.*, 1878, 871; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 431.

Cfr. idem, *ibid.*, n. 432; — Huc, v. II, n. 243; — *Pand. belges*, v. *Autorisation de femme mariée*, n. 416 e seg.; — Poitiers, 16 febbraio 1881, D. P., 1881, 2, 136; *J. Pal.*, 1881, 962, la quale peraltro non stabilisce espressamente sulla questione.

Contra: trib. Bruxelles, 30 marzo 1896, *Pasic.*, 1896, III, 170; — Gand 27 marzo 1894, *Pasic.*, 1894, II, 409.

595. Qualunque soluzione si dia alla controversia testè esaminata, è forza ammettere che la moglie non ha bisogno di autorizzazione per lasciar trascorrere i termini dell'appello. Il Laurent, come vedemmo al numero precedente, insegna il contrario, fondandosi sulla considerazione che la tesi da lui rigettata consentirebbe alla donna di fare acquiescenza in modo indiretto.

È questo un errore.

Non si tratta già di acquiescenza, ma di decadenza: voglia la donna o non voglia, collo spirare del termine per l'appello essa perde il diritto d'appellare; siccome questo effetto non dipende dalla di lei volontà, siccome è una decadenza stabilita per considerazioni di generale interesse, a fine di accelerare il corso della procedura, importa poco che la moglie sia o non sia autorizzata (cfr. *supra*, n. 561).

596. I principî svolti poco addietro (n. 594) si applicano anche al caso in cui la moglie sia in lite contro il marito; in questa ipotesi, debbono essere combinati colla regola, esposta *supra*, n. 576, che il marito il quale cita la moglie o conclude in merito su una causa che essa promuova in di lei confronto, viene ad autorizzarla tacitamente.

Sic Cass., fr., 18 marzo 1878, Sir., 1878, 1, 193; *J. Pal.*, 1878, 497, D. P., 1878, 1, 201.

597. Applicando i principî esposti testè (*supra*, n. 594), la moglie autorizzata a difendersi e condannata in contumacia, non ha bisogno di una nuova autorizzazione per rendersi opponente; infatti, la condanna contumaciale non ha modificato la situazione presa in esame al momento in cui l'autorizzazione venne concessa; questa ebbe per iscopo di permettere alla donna di sottoporre al magistrato i suoi mezzi defensionali, e tale è appunto il fine della sua opposizione.

Sic Tolosa, 25 marzo 1882, D. P., 1883, II, 39; *J. Pal.*, 1883, 591; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 434; — Aubry e Rau, v. V, § 472, p. 157.

598. *L'autorizzazione giudiziale è governata dai medesimi principî che governano quella concessa dal marito, perchè l'autorizzazione non cambia natura quando l'accorda il magistrato.* III, 150

N. 2. Effetto dell'autorizzazione relativamente al marito.

599. *Per regola generale, l'autorizzazione concessa dal marito non obbliga questo: vi ha eccezione soltanto allorchè i coniugi siano maritati sotto il regime della comunione* (art. 1419 e 220). *L' autorizzazione giudiziale non spiega alcun effetto relativamente al marito, neppure se gli sposi abbiano adottato il sistema della comunione; va eccettuato unicamente il caso dell'articolo 1427.* III 151-153

V. *infra* il commento al titolo *Del contratto di matrimonio.*

§ 6. Della mancanza d'autorizzazione.

N. 1. Della nullità.

600. *La nullità è relativa e i terzi, abbiano o no partecipato al contratto, non possono eccepire la mancanza d'autorizzazione* (art. 225 e 1125). III 154-155

Sic Cass. B., 6 dicembre 1872, *Pasic.*, 1873, I, 12, e confr. *infra*, n. 603 e s.

601. *Se la moglie intenta un'azione senz'esservi autorizzata, la citazione sarà nulla; il convenuto non può eccepire la nullità, ma ha diritto di chiamare in causa il marito o di opporre un'eccezione dilatoria.* III, 156

Se la donna è convenuta e manca l'autorizzazione, tutta la procedura e la sentenza sono colpite di nullità relativa.

Il principio che la nullità è soltanto relativa dev'essere combinato colla regola d'ordine pubblico secondo la quale il magistrato non statuisce sopra una domanda, se tutte le parti che vi figurano non abbiano la capacità richiesta per investire il giudice della controversia.

Dall'essere la nullità relativa, consegue che i terzi non possono invocarla e che, se fu pronunziata sentenza, non avranno diritto di chiederne l'annullamento.

Avendo la nullità carattere d'ordine pubblico, ne viene che il terzo potrà far rilevare al magistrato che l'ordine pubblico si oppone a che venga statuito fin quando la moglie non sia autorizzata; il giudice stabilirà un termine per regolarizzare la procedura, e spirato questo, potrà dichiarare irricevibile l'azione promossa dalla donna.

Se la moglie è convenuta e se l'atto, che investì il tribunale, non poteva essere validamente posto in essere se non entro un termine fissato, la circostanza che la donna non conseguì l'autorizzazione avanti lo spirar del termine, produce l'effetto di rendere nullo l'atto diretto contro di lei.

Dal carattere d'ordine pubblico della nullità risulta ancora che il giudice deve pronunziarla d'ufficio e che la moglie può invocarla anche dinnanzi la Corte di cassazione.

Sic trib. Gand, 1 maggio 1895, *Pasic.*, 1895, III, 349; — Gand, 17 gennaio 1891, *Pasic.*, 1891, II, 209; — Cass. B., 25 maggio 1883, *Pasic.*, 1883, I, 249; *Belg. jud.*, 1883, 826; — Cass. fr., 9 marzo 1896, D. P., 1896, 1, 152; — 5 novembre 1895, Sir. e *J. Pal.*, 1896, 1, 180; D. P., 1895, 1, 535; — 1 maggio 1894, D. P., 1894, 1, 248; Sir. e *J. Pal.*, 1894, 1, 237 (decidono tutti e tre che la nullità è di ordine pubblico); — 22 febbraio 1893, D. P., 1893, 1, 279; Sir. e *J. Pal.*, 1893, 1, 182; — 16 luglio 1889, D. P., 1890, 1, 377; Sir., 1889, 1, 423; *J. Pal.*, 1889, 1047; — 21 febbraio 1888, D. P., 1888, 1, 214; Sir., 1888, 1, 104; *J. Pal.*, 1888, 1, 253; — Poitiers, 16 febbraio 1881, D. P., 1881, 2, 136; — Cass. Fr., 6 marzo 1878, D. P., 1878, 1, 316 (applica la regola di relatività); — Huc, v. II, n. 243; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 535, 537, 539; — Aubry e Rau, v. V, § 472, p. 164 e s.

III, 157

602. *L'atto stipulato dalla moglie senza essere autorizzata, è nullo di pien diritto e la donna non ha mestieri, per ottenerne la dichiarazione di nullità, di provare che vi fu lesione.*

N. 2. CHI PUÒ OPPORRE LA NULLITÀ?

I. *Del marito.*

603. *Durante il matrimonio, il marito ha diritto d' impugnare l' atto che la moglie pose in essere senz' esservi stata autorizzata; la sua azione è fondata anche quando poggi soltanto su questa mancanza, poichè ha lo scopo di riparare l' offesa all' autorità maritale.* III, 158

Dopo lo scioglimento del matrimonio, il marito non può agire se non quando l' interesse della questione sia pecuniario; in tal caso i creditori di lui hanno facoltà di esercitarne i diritti.

Diversi scrittori insegnano che, se il marito ha un interesse pecuniario a chiedere la nullità, i di lui creditori possono agire anche in costanza di matrimonio. La soluzione della controversia dipende dal modo di interpretare l' articolo 1166 del codice: esamineremo la difficoltà nel commento a questa disposizione.

V. su quest'ultimo punto, DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 530; — LAURENT, v. XVI, n. 410 e segg.

Sic, riguardo al diritto del marito dopo lo scioglimento del matrimonio, Bordeaux, 31 aprile 1872, D. P., 1873, 2, 32; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 529; — HUC, v. II, n. 277.

II. *Della moglie.*

604. *La moglie ha diritto d' agire in nullità per mancanza d' autorizzazione, anche quando si sia dichiarata nubile o vedova* (arg. art. 1307). *Se il terzo dovette crederla innutta, sia in causa delle fraudolenti manovre da lei usate, sia perchè viveva in modo da essere reputata nubile, l' errore del terzo è conseguenza della colpa della donna; essa deve risponderne* (arg. art. 1310) *e non può quindi agire in nullità.* III 159-161

Sic Parigi, 27 aprile 1891, D. P., 1892, 2, 135; — Cass. Fr., 28 marzo 1888, D. P., 1888, 1, 361; — Parigi, 14 novembre 1887, D. P., 1888, 2, 225; — Besançon, 5 aprile 1879, D. P., 1880, 2, 6; SIR., 1880, 2, 101; *J. Pal.*, 1880, 439; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 543 e 544; — HUC, v. II, n. 276; — AUBRY e RAU, v. V, § 472, p. 168 e note 127 e 128; — BAUDRY-LACANTINERIE, v. I, n. 654.

III, 162 **605**. *La moglie che conseguí l'annullamento di un atto compiuto senza la necessaria autorizzazione, è obbligata, dove il creditore dimostri che quanto fu pagato andò a vantaggio di lei, a rimborsare tutto quello di cui si è locupletata* (art. 1312).

Sic trib. Namur, 15 maggio 1883, *J. Trib.*, 1883, 443; — Cass. Fr., 16 novembre 1886, *Pasic. fr.*, 1888, I, 235; Sir., 1887, 1, 56; *J. Pal.*, 1887, 1, 124; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 532; — Huc, v. II, n. 276.

III, 163 **606**. *Il diritto della moglie è puramente pecuniario: perciò anche i creditori e gli aventi causa di lei possono opporre la nullità.*

Sic Parigi, 14 novembre 1887, D. P., 1888, 2, 225; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 530; — Huc, v. II, n. 278; — Aubry e Rau, v. V, § 472, p. 162, nota 103.

III. *Degli eredi.*

III, 164 **607**. *Gli eredi della moglie come quelli del marito, qualora possano invocare un interesse pecuniario, hanno diritto di chiedere la nullità.*

Sic Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 529; — Huc, v. II, n. 277; — Baudry-Lacantinerie, v. I, n. 651.

N. 3. Della conferma.

III, 165 **608**. *La conferma, fatta durante il matrimonio dalla moglie coll'autorizzazione maritale, sana la nullità dell'atto riguardo alla donna, al marito e ai loro eredi* (art. 1388); *fatta dalla moglie dopo lo scioglimento delle nozze, sana la nullità rispetto ad essa ed agli eredi di lei.*

Sic Cass. Fr., 25 maggio 1886, D. P., 1887, 1, 379; Sir., 1887, 1, 268; *J. Pal.*, 1887, 640; *Pasic. fr.*, 1888, 1, 346: — Cass. Fr., 19 marzo 1879, D. P., 1879, 1, 455; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Mariage*, n. 545, 546-548.

III, 166 **609**. *La conferma fatta dal solo marito in costanza di matrimonio sana la nullità anche rispetto alla moglie, poichè*

cancella il vizio che inficiava l' atto e che consisteva nella mancanza del consenso maritale (arg. anal. art. 183 del codice civile).

Non possiamo far nostra questa tesi.

L' autorizzazione maritale è richiesta nell' interesse di tutti coloro i quali possono valersi della nullità (*supra*, n. 558); se manca l'autorizzazione, la moglie ha diritto d'invocare la nullità perchè al momento in cui fu stipulato l'atto, non godeva della protezione che la legge ritiene necessaria; la ulteriore conferma dell'atto da parte del marito non muta per nulla questa situazione, perchè non può far sì che, al tempo in cui l'atto fu posto in essere, la donna abbia goduto della tutela cui aveva diritto; non sanerà pertanto il vizio dell'atto.

Non può invocarsi per analogia l'articolo 183 del codice: le regole che governano le azioni di nullità del matrimonio sono particolari a questo e non possono applicarsi alle convenzioni. L'unica analogia che sia lecito addurre, è quella tratta dalle norme estensibili ai casi in cui una persona la quale, come la moglie, è incapace di contrattare senza essere assistita, per esempio il minore emancipato, l'individuo soggetto a consiglio giudiziario, si sia obbligata senza l'assistenza del curatore o del consiglio; ora non vi ha dubbio che la conferma fatta da costoro non sana punto la nullità dell'atto.

Come dice il Laurent (v. XVIII, n. 559), l' essenza della conferma sta « nella rinunzia al diritto d' agire in nullità »; ora, il marito non può disporre del diritto che appartiene alla moglie d'agire in nullità, e quindi non può confermare, rispetto alla medesima, l'atto che questa pose in essere senza autorizzazione

Sic Bruxelles, 15 febbraio 1875, *Pasic.*, 1875, II, 131; — Parigi, 14 novembre 1887, D. P., 1888, 2, 225; *Pasic. fr.*, 1888, II, 12; — Douai, 10 dicembre 187?, D. P., 1873, 2, 92; — Baudry-Lacantinerie, v. I, n. 639; — Huc, v. II, n. 253. — *Contra:* Liegi, 8 marzo 1871, *Pasic.*, 1871, II, 221; — Aubry e Rau, v. V, § 472, p. 165, nota 118. — Cfr. *infra* n. 610 e 611.

610. *Il marito non può confermare dopo che la moglie ha revocato il consenso, per esempio agendo in nullità.* III, 167

Cfr. il numero precedente.

III 168-169 **611.** *La conferma del marito, al pari di qualsiasi altra conferma, ha effetto retroattivo.*

Se interviene lo scioglimento del matrimonio, non spiega verun effetto riguardo alla moglie e agli eredi di lei.

Cfr. *supra*, n. 609.

CAPO VII.

DELLO SCIOGLIMENTO DEL MATRIMONIO.

III, 170 **612.** *Il matrimonio si scioglie colla morte di uno dei coniugi o col divorzio.*

TITOLO VI

Del divorzio.

CAPO I.

CONSIDERAZIONI GENERALI

613. *Nella sua essenza, il matrimonio è un contratto indissolubile; come eccezione a questo principio, il legislatore ha ammesso il divorzio, mediante il quale i coniugi infrangono definitivamente i vincoli che li uniscono. Una tal deroga si giustifica colla necessità di accordare lo scioglimento delle nozze nel caso di manifesta violazione degli obblighi che ne derivano. In realtà, il divorzio non rompe il matrimonio, ma constata la rottura che già esiste nel fatto.*

III 171-178

In Francia, la legge dell'8 maggio 1816, la quale aveva soppresso l'istituto del divorzio, venne abrogata colla legge del 27 luglio 1884.

Questa, completata oolle leggi 18 aprile 1886 e 6 febbraio 1893, ha rimesso in vigore la maggior parte dei principî consacrati dal codice civile ed esposti dal Laurent.

Potremo dunque limitarci, per riguardo alla legislazione francese, a rilevare, nelle note che seguono, le innovazioni introdotte dalle leggi citate.

CAPO II.

DELLE CAUSE DI DIVORZIO.

Sezione I — Principî generali.

III, 177 **614.** *Il divorzio ha luogo per cause determinate e per mutuo consenso.*

Sono cause determinate le gravi infrazioni agli obblighi nascenti dal matrimonio: l'adulterio, gli eccessi, sevizie o ingiurie gravi, la condanna a pena infamante. Si può aggiungervi la causa di divorzio preveduta dall'articolo 310 del codice civile.

La legge francese ristabilì il divorzio per cause determinate, mantenne l'abolizione del divorzio per mutuo consenso.

Il divorzio per cause determinate suppone la violazione di un obbligo nascente dal matrimonio: occorre dunque che il fatto su cui poggia la domanda sia stato commesso coscientemente e volontariamente. Esemplificando, si dovrebbe negare il divorzio se, nel momento in cui il coniuge convenuto ha agito, si trovava costretto da una forza alla quale non poteva resistere o in tale stato di salute da togliergli la responsabilità dei propri atti.

Sic Huy, 2 marzo 1893, *Pasic.*, 1893, III, 302; *Pand. pér. belges*, 1893, 1666; — trib. Bruxelles, 18 marzo 1893, *Pasic.*, 1893, III, 192; *Pand. pér. belges*, 1893, n. 1110; — 9 gennaio 1892, *Pand. pér. belges*, 1892, 628; — Rennes, 12 novembre 1895, *Gazette du Palais*, 1896, 1, 256; — Cass. Fr., 5 agosto 1890, D. P., 1891, 1, 365; Sir. e *J. Pal.*, 1894, 1, 15; — Poitiers, 25 marzo 1890, D. P., 1890, 2, 340; — Caen, 31 dicembre 1889, D. P., 1891, 2, 280; — *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 32; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 349 e s.; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 40 e 47.

Cfr. Parigi, 29 aprile 1881, Sir., 1882, 2, 21; *J. Pal.*, 1882, 193; Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 47.

V. *infra*, n. 622 e 623.

È lo sposo il quale, per isfuggire al divorzio, invoca la propria irresponsabilità, che deve dimostrarla. L'imputabilità è la regola, l'irresponsabilità l'eccezione: *Reus in excipiendo fit actor.*

Sic giud. Saint-Etienne, 4 febbraio 1891, *la Loi*, 1891, 214; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 359.

Che si dovrà decidere se l'irresponsabilità fosse conseguenza di fatti imputabili al coniuge convenuto, per esempio se derivasse da accessi alcoolici o da morfinismo? A parer nostro, ciò non basterebbe a giustificare il rigetto della domanda di divorzio. La violazione dei doveri matrimoniali, anche se commessa in un momento d'irresponsabilità, non cesserebbe infatti di essere il risultato di una colpa perfettamente imputabile al coniuge convenuto.

Sic Algeri, 11 luglio 1892, *Pand. pér. fr.*, 1895, 2, 43; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 360 e s. — Cfr. *infra*, n. 634.

615. *Il divorzio non può essere pronunziato fuori dei casi preveduti dalla legge. Questi debbono essere interpretati ristrettivamente. Il divorzio, chiesto esclusivamente per titolo d'ingiuria grave, può accordarsi anche se l'ingiuria grave risulti dall'adulterio.* III 178

Il legislatore considera l'adulterio come un'ingiuria così grave, che ne fa una causa perentoria di divorzio: perciò, se vi è adulterio, v'ha ingiuria grave, e, quando l'accusa sia provata, il divorzio potrà essere pronunziato a questo titolo.

Se la domanda è fondata esclusivamente sull'ingiuria grave e se l'adulterio risulti provato, il giudice non ha diritto di concedere il divorzio per adulterio e non per ingiuria grave; agendo in tal guisa, statuirebbe sopra una domanda di cui non è investito, e lederebbe il diritto del coniuge offeso di ottenere il divorzio soltanto per la causa ch'egli reputa meno disonorevole.

Sic Bruxelles, 22 febbraio 1893, *Pasic.*, 1893, II, 414; D. P., 1894, 2, 348. — *Sic* rispetto al principio, DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 31 e s.; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 221 e 282.

Sezione II. — Del divorzio per causa determinata.

§ I. Delle cause.

N. 1. Dell' adulterio.

III, 179 **616.** *L'adulterio della moglie autorizza il marito a domandare il divorzio. La moglie non ha questo diritto se non quando il marito abbia inoltre tenuto la concubina nella casa comune.*

La legge francese ha modificato su questo punto il codice civile accordando, con perfetta parità, a ciascuno dei coniugi, il diritto di chiedere il divorzio per causa dell'adulterio dell'altro.

Perciò, in Francia, va respinta qualsiasi distinzione fra le conseguenze dell'adulterio della moglie e quelle dell'adulterio del marito. Infatti, i testi degli articoli 229 e 230 sono simili, e le discussioni della legge comprovano che gli autori della medesima vollero fare dell'adulterio del marito una causa perentoria di divorzio identica a quella che deriva dall'adulterio della moglie.

Sic Cass. Fr., 13 novembre 1889, D. P., 1890, 1, 37; Sir., 1890, 1, 338; *J. Pal.*, 1890, 946; — Nancy, 12 novembre 1884, D. P., 1886, 2, 31; *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 331 e s.; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 43; — Huc, v. II, n. 288; — Osservazione di Labiche, relatore della Commissione del Senato, *Journ. officiel* del 21 giugno 1884, p. 1130.

III, 180-185 **617.** *I. Il marito mantiene una concubina nella casa coniugale, mentre nella casa comune ha abitualmente relazione con una donna che vi dimora, a qualunque titolo la medesima vi sia stata introdotta.*

II. La casa comune è qualsiasi abitazione occupata dal marito, dove la moglie ha quindi il diritto d'abitare e il marito l'obbligo di riceverla; questa regola si applica anche se la

moglie non vi si recò mai, anche se si tratti d'un pied à terre *ove il marito viene frequentemente o d'un albergo in cui il marito occupi il medesimo appartamento della concubina.*

Sul primo punto. *sic* trib. Termonde, 7 giugno 1892, *Pasic.*, 1892, III, 359; — NYPELS, *Code pénal interprété*, v. II, p. 205, n. 2; — *Pand.*, *belges*, v. *Adultère*, n. 37 e seg.; — AUBRY e RAU, v. V, § 491, p. 174, note 4 e 5.

Sul secondo punto, Gand, 29 dicembre 1880, *Pasic.*, 1881, II, 151; — *adde* la nota della *Pasicrisie* a questa sentenza: — Liegi, 13 febbraio 1874, *Pasic.*, 1874, II, 138; *Belg. jud.*, 1874, 1408; — *Pand. belges*, v. *Adultère*, n. 44; — ARNTZ, v. I, n. 401; — AUBRY e RAU, v. V, § 491, p. 174, nota 1.

618. Il fatto che la legge assume a causa di divorzio è, da parte del marito, d'aver avuto abitualmente relazioni intime con un'amante che risiede nella casa in cui egli ha il dovere di ricevere la moglie, o questa il diritto di seguirlo.

Questa causa di divorzio corrisponde all'obbligo della moglie « d'abitare col marito e di seguirlo dovunque egli reputi opportuno di risiedere » ed al debito del marito « di ricevere la « moglie » (art. 214). Tal causa sussisterà dunque voltachè il marito tiene la concubina nella sua residenza, ne sia egli il padrone, perchè, ad esempio, ne paga l'affitto, o non lo sia, essendo, v. g., il domestico, il portiere o il *souteneur* della padrona di casa: bisognerà però sempre che la concubina abiti gli appartamenti occupati da lui e dove egli ha l'obbligo legale, rispetto alla moglie, di riceverla, abbia, o no, nella realtà delle cose, facoltà di soddisfarlo.

Cfr. Liegi, 13 febbraio 1874, *Pasic.*, 1874, II, 138; *Belg. jud.*, 1874, 1408; — HOFFMAN, *Traité des questions préjudicielles*, t. III, n. 537; — Relazione di Lelièvre alla Camera dei rappresentanti del Belgio sull'art. 389 del codice penale belga; NYPELS, *Législation criminelle*, v. III, p. 44, n. 47; — *Pand. belges*, v. *Adultère*, n. 46 e s.; — FUZIER-HERMAN, *Rép. du droit fr.*, v. *Adultère*, n. 51 e s., e le autorità citate al numero precedente.

Se la concubina abitasse, sotto il medesimo tetto, un appartamento distinto da quello del marito, le relazioni ch'egli avesse con lei, nei locali da essa occupati, non costituirebbero la causa di divorzio di cui discorriamo.

Sic Cass. B., 9 marzo 1896, *Pasicrisie*, 1896, 1, 122.

619. L'adulterio abituale del marito nella casa coniugale non cestituisce più la causa particolare di divorzio contemplata dall'articolo 230, quando sia consumato successivamente con diverse complici? In altri termini, gli adulterì isolati del marito, reiterati nella casa coniugale con complici diverse, costituiscono il mantenimento di concubina nella casa coniugale?

In appoggio della soluzione affermativa si è detto: quando la legge parla del marito che mantiene la concubina nella casa comune, contempla *quod plerumque fit.* Ciò ch' essa intende colpire, è l'adulterio del marito aggravato da una duplice circostanza, la sua continuazione e il luogo in cui vien perpetrato, circostanze aggravanti che si riscontrano al più alto grado nell'ipotesi proposta. Il carattere particolare di disprezzo che risulta, secondo l'espressione del Treilhard nel passo citato dal testo, dal mantenimento della concubina nella casa coniugale, esiste colla maggior forza nel caso preso in esame.

Non crediamo peraltro di dover aderire a questa opinione. Come dice il Laurent (n. 180), bisogna che la concubina sia stabilita a fianco della moglie, che la rivale prenda il posto riservato alla sposa, perchè l'adulterio del marito divenga una causa di divorzio. Ora, se il marito non ha abitualmente relazioni intime con una stessa amante nella casa coniugale, nessuna donna ha usurpato il posto della moglie legittima; non esiste perciò la circostanza aggravante della continuità delle relazioni adulterine, continuità che assimila l'amante alla moglie legittima, e quindi non è caso di divorzio. Certo che, commettendo una serie di adulterii nel domicilio coniugale con complici diverse, il marito ha reiterato la colpa dell'adulterio; ma appunto perchè le complici sono differenti, non vi fu che una molteplicità d'infrazioni all'obbligo della fedeltà; manca la violazione del divieto di porre un' amante nel luogo della legittima consorte.

La tesi contraria dimentica che la causa di divorzio non è l'adulterio permanente del marito, ma il fatto ch'egli metta una amante al posto della moglie.

Sic Cass. B., 19 ottobre 1896, *Pasic.*, 1896, I, 291.

N. 2. Eccessi e sevizie.

620. *L'eccesso è l'attentato da parte di uno dei coniugi alla vita dell'altro.* III, 186

Sic Montpellier, 5 febbraio 1895, D. P., 1896, 2, 101; — Parigi, 20 ottobre 1886, D. P., 1888, 2, 101; — *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 39; — *Pand. fr., pér.*, v. *Divorce*, n. 390 e s.; — Aubry e Rau, t. V, § 491, p. 175; — Huc, t. II, n. 293.

621. *È sevizia un atto di crudeltà. Si tratti di eccessi o di sevizie, basta un fatto solo per dar adito al divorzio. Le vie di fatto costituiscono ingiurie e non sevizie.* III, 187-188

Generalmente si insegna che se, quanto agli eccessi, basta un fatto solo, trattandosi di sevizie ne occorrono più. Questa dottrina deriva da ciò che, contrariamente all'opinione del Laurent, gli scrittori considerano i cattivi trattamenti, anche se non costituiscono atti di crudeltà, come sevizie, mentre il Laurent li reputa semplici ingiurie.

Non crediamo di dover insistere sulla questione, la quale non ha importanza, poichè la soluzione del Laurent non è contestata pel caso in cui sia stabilito che il convenuto commise un atto di crudeltà. Il giudice ha un potere discretivo nell'apprezzamento dei fatti: siccome nessuna legge esige, neppure per le ingiurie gravi, che siano comprovati diversi fatti, unico dovere del magistrato è, sotto riserva dell' applicazione dell' articolo 259 del codice civile (art. 246 nuovo in Francia), di accogliere la domanda se gli risulti che fu commessa un' ingiuria grave, un eccesso, o un atto di crudeltà.

Cfr. Montpellier, 5 febbraio 1895, D. P., 1896, 2, 101; — Cass. Fr., 18 luglio 1892, Sir. e *J. Pal.*, 1895, 1, 308; D. P., 1893, 1, 392; — 24 febbraio 1892, Sir. e *J. Pal.*, 1892, 1, 367; *Pand. fr.*, 1893, I, 392; — 2 giugno 1890, *Pand. fr.*, 1890, I, 315; D. P., 1891, 1, 299; Sir., 1890, 1, 364; *J. Pal.*, 1890, 1, 815; — 22 giugno 1880, Sir., 1881, 1, 268; *J. Pal.*, 1881, 638; D. P.,

1881, 1, 104; — *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 41 e s. e 53 e s.; — ARNTZ, v. I, n. 402; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 56 e s.; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 340, 392 e s.; — HUC, v. III, n. 293; — AUBRY e RAU, v. V, p. 177, § 491.

III, 189 **622**. *Non vi ha eccesso, nè sevizia se il coniuge che li commise sia infermo di mente.*

Sic supra, n. 614.

N. 3. INGIURIE GRAVI

III, 190 **623**. *L' ingiuria grave suppone il dolo e l' intenzione di nuocere.*

Non bisogna attribuire alla regola così formulata un significato troppo assoluto; il Laurent non intende già affermare che non sussista ingiuria grave se non quando vi sia l' intenzione di nuocere.

Qualsiasi violazione volontaria di un' obbligazione essenziale del matrimonio è oltraggiosa per sua natura e costituisce quindi un'ingiuria grave, abbia o no l'autore avuta la volontà di ledere l'altro coniuge; non vi ha eccezione se non quando le circostanze della causa siano tali da far scomparire il carattere ingiurioso insito nell'essenza dell'atto. Se dunque il marito, senza mantenere la concubina nella casa coniugale, si rende colpevole di adulterio in condizioni di pubblicità oltraggiose per la moglie, vi sarà ingiuria grave, anche nell'ipotesi che il marito non abbia inteso ledere o ingiuriare la sposa, purchè beninteso, come abbiamo veduto, l'adulterio sia cosciente e volontario.

Occorrerà, al contrario, l'intenzione dolosa quando l' atto in sè medesimo non è oltraggioso pel coniuge e solo riveste questo carattere per riguardo appunto all'intenzione che lo anima; in questa ipotesi, la volontà di nuocere all'altro sposo costituisce la violazione dei doveri matrimoniali.

Cfr. Cass. B., 15 aprile 1897, *Pasic.*, 1897, I, 145; — Bruxelles, 9 luglio 1890, *Belg. jud.*, 1890, 989; — *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 46 e s.; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 285, 400 e s., 643 e s. — V. *supra*, n. 614 e *infra*, n. 624.

624. *Non vi ha ingiuria grave allorchè il fatto, sebbene ingiurioso per sua natura, costituisce l'esercizio d'un diritto. Così è a dire quando il marito fa annunziare sui giornali che non pagherà più i debiti della moglie, o quando, nel corso di un giudizio di divorzio, l'uno dei coniugi articola contro l'altro fatti oltraggiosi i quali non eccedono le necessità della domanda o della difesa.* III, 191

La questione è puramente di fatto.

Vi ha ingiuria se il marito abbia pubblicato l'annunzio all'unico scopo di nuocere alla moglie; se il coniuge, imputando durante il corso della procedura, un fatto ingiurioso per l'altro, abbia agito per pura malvagità o in mala fede.

Per converso, non vi è ingiuria se il marito volle tutelare i suoi diritti, se le imputazioni erano necessarie per l'istruzione della causa, se l'autore di esse era in buona fede e poteva esserlo senza leggerezza; invero la facilità con cui uno dei coniugi prestò fede alla realtà dei fatti ingiuriosi da lui articolati, può, secondo le circostanze, essere considerata come una ingiuria grave.

Riguardo all'annunzio dato dal marito che non riconoscerà più i debiti della moglie *sic Pand fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 565 e seg. — Cfr. Bruxelles, 5 febbraio 1883, *J. Trib.*, 1883, 206.

Per quanto concerne le imputazioni rivolte o le misure prese da un coniuge contro l'altro durante un giudizio pendente fra loro, *sic* trib. Verviers, 3 aprile 1895, *Pand. pér. belges*, 1895, 1611; — trib. Bruxelles, 22 aprile 1893, *Pand. belges*, 1893, 1098; *Pasic.*, 1893, III, 198; — Bruxelles, 21 maggio e 25 giugno 1890, *Belg. jud.*, 1890, 983; *Pand. pér. belges*, 1890, 1749, 1751; — trib. Bruxelles, 10 dicembre 1881, *Bel. jud.*, 1882, 150; — Parigi, 27 marzo 1896, D. P., 1896, 2, 222; — Cass. Fr., 23 dicembre 1895, D. P., 1896, 1, 95; — Parigi, 6 febbraio 1895, D. P., 1895, 2, 261; — Rennes, 18 luglio 1893, Sir. e *J. Pal.*, 1895, 1, 309; D. P., 1894, 2, 7; — Parigi, 19 marzo 1887, *Pand. pér. fr.*, 1887, II, 245; — Caen, 11 febbraio 1880, D. P., 1881, 2, 183-184; — Pau, 27 febbraio 1871, D. P., 1872, 5, 403; — Parigi, 13 luglio 1870,

SIR., 1870, 2, 268; *J. Pal.*, 1870, 1065; D. P., 1871, 2, 129; — trib. Lyon, 19 marzo 1870, D. P., 1871, 5, 258; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 570 e segg.

Relativamente al principio e alle sue applicazioni, *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 88 e s., 91 e s.; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 286, 374 e s.; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 48, 64 e s.; — HUC, v. II, n. 298; — AUBRY e RAU, v. V, § 491, p. 175, note 11 e 12.

In applicazione del principio che l' esercizio normale di un diritto non può motivare il divorzio, è stato giudicato che siccome il marito ha il dovere, più ancora che il diritto, di dirigere la moglie, di completarne l'educazione quando sia giovane, e di prendere tutte le disposizioni necessarie all' uopo, non sempre potranno essere considerati ingiurie o sevizie gravi gli atti di correzione o, sia pure, di vivacità maritale.

Ma a nostro parere, la questione è posta male. Il dovere di protezione imposto al marito nei riguardi della moglie non gli dà diritto di ingiuriarla, nè di maltrattarla, quand'anche lo facesse colle migliori intenzioni del mondo (*supra*, n. 551). Vero è soltanto questo che, come abbiamo già detto nel precedente numero, la mancanza d'intenzione dolosa potrà essere presa in considerazione se le ingiurie o le sevizie, considerate in sè stesse, non siano abbastanza gravi per assumere il carattere di serie violazioni di un obbligo nascente dal matrimonio.

Cfr. trib. Senna, 23 dicembre 1885, SIR., 1887, 2, 23; — Chambéry, 4 maggi 1872, SIR., 1873, 2, 217; *J. Pal.*, 1873, 885; D. P., 1873, 2, 129; *Pand. fr. chron.*, I, 2, 12; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 624 e s.

III, 192

625. *L'ingiuria violatrice dei doveri imposti dal matrimonio non può risultare se non da un fatto che sia posteriore alle nozze.*

Non si potrà dunque pronunziare il divorzio per ciò che, al tempo della celebrazione del matrimonio, la donna abbia celato al marito di essere inscritta nei registri delle prostitute, o, trovandosi incinta per opera di persona diversa dal futuro sposo, abbia dissimulata la gravidanza.

La questione è controversa anche oggidì.

Gli avversarî della tesi in epigrafe confondono la formazione coll'esecuzione del contratto che prende il nome di matrimonio.

Quello fra i coniugi il quale, per indurre l'altro a consentire alla convenzione nuziale, dissimula un fatto che, rivelato, ne impedirebbe la conclusione, inganna il suo contraente; ma siccome questa frode non affetta che la formazione del contratto, è estranea alla esecuzione del medesimo, necessariamente posteriore. Ora, le cause di divorzio implicano l' inadempienza agli obblighi matrimoniali, e quindi non possono risultare dal dolo con cui sia stato carpito il consenso al matrimonio.

Si obbietta che la dissimilazione ingiuriosa e la celebrazione delle nozze sono concomitanti; conseguentemente, questa dissimilazione costituisce un infrazione agli obblighi nascenti dal matrimonio.

Ma è un contentarsi di vane parole. Infatti, se uno dei coniugi inganna l'altro per indurlo a sottoscrivere il contratto da cui risulteranno le obbligazioni matrimoniali, l'atto doloso è necessariamente anteriore al sorgere di queste obbligazioni: non può più costituire un inadempimento delle medesime nè dar luogo al divorzio, val dire allo scioglimento del matrimonio, come la manovra frodolenta mercè la quale il venditore ingannò l'acquirente intorno alla qualità della cosa venduta non implica un'inesecuzione della vendita e non autorizza l'azione di rescissione anzichè quella di nullità del contratto.

Non vi ha dubbio tuttavia che, in certi casi, la rivelazione seguîta durante il matrimonio di un fatto commesso, anteriormente al medesimo, da uno dei coniugi, potrà costituire per l'altro, tenendo conto delle circostanze della specie, un'ingiuria grave. Così accadrebbe se taluno si fosse maritato col mezzo di un'agenzia matrimoniale, senza conoscere affatto la futura sposa e unicamente per considerazioni d' indole economica, e se, durante il matrimonio, per essersi rifiutato di corrispondere all'agenzia la commissione convenuta, abbia dato luogo a una lite oltraggiosa per la moglie.

D'altro canto, non è dubbio che per mettere in giusta luce certe circostanze posteriori al matrimonio e invocate come causa di divorzio, l'attore può valersi anche di fatti compiutisi prima

delle nozze, precisamente come in giudizio penale è lecito argomentare da fatti prescritti per spiegare i motivi del fatto che si addebita all'imputato.

Sic Bruxelles, 13 dicembre 1887, *Pand. pér. fr.*, 1888, 5, 24; *J. Trib.*, 1888, p. 68; — trib. Bruxelles, 17 ottobre 1885, *Pasic.*, 1886, III, 261; — trib. Anvers, 27 maggio 1876, *Pasic.*, 1877, III, 272; DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 91; — 14 febbraio 1873, *Pasic.*, 1873, III, 118; *Belg. jud.*, 1874, 857; DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 91; — Dijon, 19 febbraio 1890, SIR., 1890, 2, 111; *J. Pal.*, 1890, 592; — trib. Cambrai, 28 marzo 1888, D. P., 1888, 5, 165; *Pand. pér. fr.*, 1888, 2, 253; — trib. dell'impero germanico, 9 maggio 1884, DALL.. *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 92; SIR., 1886, 4, 5; *J. Pal.*, 1886, 2, 7; — trib. Senna, 27 luglio 1888, *Pand. pér. fr.*, 1889, 2, 27; — 27 dicembre 1886, *Pand. pér. fr.*, 1889, 2, 27; — ARNTZ, v. I, n. 403; — HUC, v. II, n. 294; — AUBRY e RAU, v. V, § 491, p. 178, nota 26.

Contra: Parigi, 19 marzo 1887, *Pand. pér. fr.*, 1887, 2, 245; — *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 213 e s.; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 910 e s.; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 91 e s.

Cfr. Cass. Fr., 26 luglio 1893, D P., 1894, 1, 260; — trib. Lyon, 24 luglio 1890, *Pand. pér. fr.*, 1891, 2, 54.

Su quest'ultimo punto, *sic* HUC, v. II, n. 294 e cfr. Parigi, 10 agosto 1892. SIR. e *J. Pal.*, 1893, 2, 242; — Lyon, 4 agosto 1891, D. P., 1892, 2, 219; — trib. Senna, 31 marzo 1890, *Pand. pér. fr.*, 1890, 2, 184.

III, 193

626. *L'ingiuria deve esser grave; non ha questo carattere se non quando implichi tale violazione dei doveri coniugali da rendere per sempre impossibile al coniuge offeso la vita in comune.*

Poichè ogni ingiuria suppone un fatto che viola gli obblighi nascenti dal matrimonio, i difetti morali di uno dei coniugi non bastano a costituire una causa di divorzio.

D'altro canto, non occorre sia stato commesso un fatto che da solo presenti la gravità necessaria a giustificare il divorzio; l'importanza dell'ingiuria può risultare dal concorso di diversi atti i quali, considerati ciascuno separatamente, non basterebbero per legittimare la domanda.

Sic, sul primo punto, trib. Bruxelles, 18 marzo 1893, *Pasic.*, 1893, III, 192; *Pand. pér. belges*, 1893, 1110; — 14 gennaio 1888, *Pasic.*, 1888, III, 75; *Pand. pér. belges*, 1888, 1058; — *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 160 e segg.

Sic, sul secondo punto, trib. Bruxelles, 3 maggio 1890, *Pand. pér. belges*, 1891, 1554; — 17 ottobre 1885, *Pasic.*, 1886, III, 261; — *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 59.

627. *Per valutare la gravità dell'ingiuria, il magistrato non deve prendere in considerazione la condizione sociale dei coniugi, ma bensì la loro educazione, le loro abitudini, i loro sentimenti. Il fatto che implichi l'oblio di un dovere essenziale del matrimonio, costituisce sempre una causa di divorzio.* III, 194

È una questione di fatto.

L'educazione, le abitudini e i sentimenti delle parti in causa saranno nel più dei casi determinati dalla loro condizione sociale, di guisa che la distinzione fatta dal Laurent sarà spesso piuttosto apparente che reale.

Sic Douai, 10 aprile 1872, *J. Pal.*, 1872, 932; Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 63; — Idem, *ibid.*, n. 51; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 487 e seg., specialmente n. 490.

Cfr. Bruxelles, 21 gennaio 1891, *Pand. Pér. belges*, 1891, 379 e nota; — *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 63.

628. *Il rifiuto da parte del marito di ricevere la moglie nella casa comune, il rifiuto da parte della donna di risiedervi costituiscono cause di divorzio, salvo che le circostanze speciali del caso non tolgano al fatto ogni carattere ingiurioso.* III, 195

Così accadrebbe se l'abbandono del domicilio coniugale fosse determinato dalla condotta del marito, o se vi sia stata collusione fra i coniugi allo scopo di divorziare per mutuo consenso senza soddisfare alle formalità di legge.

La questione è dunque puramente di fatto; trattasi solo di ricercare se l'abbandono del domicilio coniugale o il rifiuto di ritornarvi presenti per l'altro coniuge un carattere ingiurioso.

Importa stabilire distinzioni che risultano dalla natura delle cose.

Uno dei coniugi abbandona il domicilio coniugale perchè l'altro viola un'obbligazione essenziale del matrimonio; ad esempio, la moglie fugge dalla casa comune perchè il marito vi ospita una concubina. Questa condotta della donna non ha, evidentemente, carattere d'ingiuria verso il marito e quindi non può essere invocata come causa di divorzio.

Se, per tal modo, uno dei coniugi ha legittimamente cessato di convivere coll'altro, possono presentarsi due ipotesi.

Lo sposo colpevole ha modificato il suo contegno e quindi è venuta meno la causa che giustificava l'operato dell'altro; per esempio, il marito ha licenziata l'amante: in questa ipotesi, la moglie deve, sia chiedere il divorzio o la separazione, invocando la passata condotta del marito, sia consentire a riprendere la vita comune. Se non agisce, il marito potrà domandare il divorzio. È a notarsi che questo diritto gli viene accordato, non già in causa dell'allontanamento della moglie, allontanamento cui egli diede causa e che è quindi destituito da qualsiasi carattere ingiurioso, ma poichè è cessato il motivo legittimante l'abbandono e siccome il rifiuto permanente e volontario di vivere in comune viola una obbligazione essenziale del matrimonio, costituisce un'ingiuria grave quando, al momento in cui viene opposto, non è più giustificato dalla condotta dell'altro coniuge.

Può darsi, al contrario, che le circostanze le quali determinarono l'allontanamento di uno degli sposi, sussistano ancora; per esempio, il marito continua a trattenere la concubina nella casa coniugale; in questo caso la moglie ha diritto di rifiutarsi a ritornare sotto il tetto comune, anche se non chieda il divorzio, nè la separazione. La legge, infatti, non la obbliga a fare simile domanda e i motivi ch'essa può invocare a difesa del suo diniego di raggiungere il marito, tolgono a quest'atto il carattere offensivo, che solo potrebbe conferirgli l'indole di ingiuria grave, causa di divorzio.

Sic Parigi, 8 maggio 1890, Sir., 1891, 2, 3; — Cass. Fr., 2 gennaio 1877, D. P., 1877, 1, 162.

Contra: Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 73.

Cfr. Algeri, 26 febbraio 1895, D. P., 1895, 2, 344; — Cass. Fr., 27 marzo 1893, *Pasic.*, 1894, IV, 90; Sir., e *J. Pal.*, 1894, 1, 88; D. P., 1894, 1, 286; — Cass. Fr., 27 gennaio 1874, Sir., 1874, 1, 124; *J. Pal.*, 1874, 1, 533; D. P., 1874, 1, 140; — Renault, nota su Parigi, 31 marzo 1873, Sir., 1874, 2, 1; *J. Pal.*, 1874, 79. — V. *supra*, n. 514, 554, 557 e 623; — *infra*, n. 669.

Per l'applicazione dei principii esposti qui sopra, decidono che, nelle specie di fatto cui si riferiscono le sentenze, il rifiuto di coabitare o l'abbandono del domicilio costituiscono un'ingiuria grave: trib. Gand, 16 maggio 1896, *Pasic.*, 1896 III, 295; — Gand. 15 giugno 1895, *Pasic.*, 1896, II, 101; — trib. Huy, 22 marzo 1894, *Pand. pér. belges*, 1894, 951; — trib. Liegi, 16 gennaio 1892, *Pand. pér. belges*, 1892, 571; — trib. Bruxelles, 21 dicembre 1889, *Pand. pér. belges*, 1891, 1549; — 21 dicembre 1886, *Pand. pér. belges*, 1890, I, 178; — trib. Courtrai, 29 marzo 1884, Cl. e Bonj., v. XXXII, p. 328; — trib. Anversa, 14 luglio 1883, *Pasic.*, 1883, III, 325; — trib. Gand, 8 novembre 1881, *Pasic.* 1882, III, 234; *Belg. jud.*, 1883, 1172; — Parigi, 13 febbraio 1895, D. P., 1895, 2, 296; — Cass. Fr., 3 gennaio 1893, Sir., e *J. Pal.*, 1893, 1, 251; D. P., 1893, 1, 517; — Dijon, 23 novembre 1892, Sir., 1893, 2, 182; D. P., 1893, 2, 273; — Cass. Fr., 6 novembre 1888, *Pand. pér. fr.*, 1889, 1, 129; — Parigi, 18 aprile 1888, *Pand. pér. fr.*, 1888, 2, 177; D. P., 1890. 5, 161; — Amiens, 30 novembre 1887, Sir., 1888, 2, 87; *J. Pal.*, 1888, 1, 468; D. P., 1890, 5, 158; — Parigi, 8 luglio 1886, *Pand. pér. fr.*, 1886, 2, 411; — trib. Langres, 13 agosto 1884, D. P., 1884, 5, 155; Sir., 1885, 2, 22; *J. Pal.*, 1885, 1, 223; — Parigi, 21 marzo 1877, Sir., 1877, 2, 119, *J. Pal.*, 1877, 487; Dall., *Rép.*, *Supp.*, v *Divorce*, n. 71.

Per applicazione degli stessi principii, decidono che, nelle specie di fatto cui si riferiscono le sentenze, il rifiuto di coabitare non costituisce un'ingiuria grave: trib. Verviers, 27 giugno 1894, *Pand. Pér. belges*, 1895, 1584; — trib. Termonde, 22 luglio 1893, *Pand. pér. belges*, 1893, 1845; — trib. Verviers, 29 giugno 1892, *Pand. pér. belges*, 1893, 774; — trib. Gand, 8 gennaio 1887, *J. Trib.*, 1887, 189; — Bruxelles, 17 maggio 1886, *Belg. jud.*, 1886, 807; — trib. Bruxelles, 10 dicembre 1881, *Belg. jud.*, 1882, 150; — 4 dicembre 1880, *Pasic.*, 1881, III, 132, *Belg. jud.*, 1883, 1166; — trib. Liegi, 19 febbraio 1879, Cl. e Bonj., 1879-1880, 202; — trib. Verviers, 5 febbraio 1879, Cl. e Bonj., 1879-1880, 148; — trib. Bruxelles, 14 novembre 1871, D. P., 1887, V, 160; — Algeri, 25 aprile 1893, Sir. e *J. Pal.*, 1893, 2, 184; — Cass. Fr., 11 dicembre 1888, Sir., 1891, 1, 466; *J.*, *Pal.*, 1891, 1130; *Pand. pér. fr.*, 1889, 1, 347; D. P., 1890, 1, 340; — Parigi, 28 ottobre 1887, *Pand. Pér. fr.*, 1888, 2, 158; — 9 aprile 1875, Sir., 1875, 2, 133; *Pasic. fr.*, 1875, 508, e la nota; *J. Pal.*, 1875, 598; Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n 73; — 31 marzo 1873, Sir., 1874, 2, 1; *Pasic. fr.*, 1874, 79, e la nota; *J. Pal.*, 1874, 78; D. P., 1873, 2, 121, cassata dalla Cass. Fr., 27 gennaio 1874, Sir., 1874, 1, 214; D. P., 1874, 1, 140; — Cass. Fr., 8 gennaio 1872, *Pasic. fr.*, 1872, 142; D. P., 1872, 1, 87; Sir., 1872, 1, 66.

Applicano gli stessi principii: Bruxelles, 2 novembre 1892, *Pand. pér. belges*,

1893, n. 1444; — trib. Liegi, 11 marzo 1891, *Pasic.*, 1891, III, 246; — Anversa, 30 marzo 1882, *Pasic.*, 1882, III, 166.

Insegnano gli stessi principii: dissert. di Timmermans, *Belg. jud.*, 1883, 1173; — Arntz, v. I, n. 402; — *Pand. belges*, v. *Abandon d'époux*, n. 32 e s., e *Divorce*, n. 126 e s.; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 72 e s.; — Huc, v. II, n. 294.

III, 196

629. *Il rifiuto da parte di uno dei coniugi di procedere al matrimonio religioso non costituisce un' ingiuria grave, neppure se prima del matrimonio civile abbia promesso all'altro che avrebbe celebrato le nozze ecclesiastiche.*

Il Laurent pone a fondamento di questa soluzione il fatto che la mancata promessa del coniuge il quale rifiuta di prestarsi al matrimonio religioso, è anteriore alle nozze, la libertà di coscienza che dà a ciascuno il diritto di non partecipare alle cerimonie di un culto, e il principio che nessuna causa di divorzio può risultare da atti anteriori alle nozze, nè dall'esercizio di un diritto.

La questione è peraltro assai controversa tuttodì.

L'uno dei coniugi reputa la cerimonia civile insufficiente a creare lo stato di matrimonio; a suo giudizio, l'uomo e la donna vivono in concubinato se, dopo essersi maritati civilmente, facciano esistenza in comune senza aver celebrato le nozze religiose.

Certamente il voler obbligare chi così crede a vivere *modo uxorio* senza che sia intervenuto il matrimonio ecclesiastico, vuol dire imporgli una condizione ch'esso reputa immorale e disonorevole, vuol dire recargli un'ingiuria grave che consiste, non mica nella mancata promessa fattagli prima del matrimonio civile di procedere alle nozze religiose, ma nella volontà di assoggettarlo, dopo il matrimonio civile, ad una condizione che esso considera come un concubinato.

Tale ingiuria costituisce sempre una causa determinata di divorzio?

La risposta dipende dalle circostanze di fatto.

Se il coniuge, dopo il matrimonio civile, ricusa di celebrare le nozze ecclesiastiche all'unico fine di recare ingiuria all'altro,

la causa di divorzio esiste. Qualunque fatto commesso per malvagità da uno degli sposi e gravemente offensivo per l'altro costituisce una causa di divorzio (*supra*, n. 623 e 624).

Se invece l'opposizione al matrimonio religioso non abbia lo scopo di offendere l'altro coniuge o sia motivata da un divario nelle credenze religiose, possono presentarsi due ipotesi.

Il coniuge che si oppone al matrimonio ecclesiastico pensa che questo sia una cerimonia vana ed inutile, ma le sue opinioni non gli vietano di assistervi, purchè non si esiga da lui la dichiarazione menzognera d'una fede che non ha. Se costui non vuol recarsi alla chiesa, la sua condotta implica una grave ingiuria, poichè si rifiuta ad un atto che sarebbe per lui una semplice cortesia, mentre sa che pel proprio sposo assume quella seria importanza di cui abbiamo parlato. Nè importa se prima del matrimonio civile abbia promesso o no di celebrare le nozze ecclesiastiche; in ogni caso sussiste l'ingiuria, la quale deriva dalla volontà d'imporre, per pura scortesia, un atto che l'altro coniuge reputa disonorevole, non già dalla convenzione passata prima del matrimonio. Questa non avrà valore se non per giudicare intorno all'indole delle opinioni delle parti interessate: chi avesse, per esempio, lasciato fare le pubblicazioni in chiesa e si fosse procurato un biglietto di confessione, sarà facilmente reputato come persona la cui convinzioni non le vietano di assistere alle nozze ecclesiastiche per rispetto alle quali ha compiuto simili preliminari religiosi.

Rimane l'ultima ipotesi, che è la sola considerata dal Laurent, mentre i suoi avversari preferiscono occuparsi della precedente.

Le opinioni di uno dei coniugi sono tali da impedirgli di partecipare alla cerimonia voluta dall'altro; secondo le sue credenze religiose, questa partecipazione costituirebbe un peccato o un atto d'ipocrisia; la sua fede gli vieta di recarsi in una determinata chiesa per maritarsi, come la fede dell'altro sposo fa obbligo al medesimo di andarvi.

In tal caso, il semplice rifiuto di procedere al matrimonio religioso non è mai di per sè una causa di divorzio; ma questo può essere pronunciato contro il coniuge, il quale, senza che ciò sia giustificato dalla condotta dell'altro, si rifiuta a quella comunanza di vita il cui obbligo scaturisce il matrimonio.

In simile ipotesi, l'opposizione al matrimonio ecclesiastico non è per sè medesima un'ingiuria grave, poichè la condotta di chi la solleva è dettata unicamente dalla sua coscienza. Il rifiuto di compiere un atto che per esso costituisce un peccato e la volontà di mettere il coniuge in una condizione che questi reputa immorale non sono una causa di divorzio, come non sarebbe una causa di divorzio la volontà dell'altro sposo di obbligare lui a presenziare un atto religioso, mentre, secondo la fede ch'egli professa, tale assistenza sarebbe un peccato, una cosa vietata dalla legge divina.

Nella realtà delle cose, prima del matrimonio civile interverrà quasi sempre la promessa delle nozze ecclesiastiche: se il futuro coniuge, avvertito della cerimonia religiosa che si prepara, non protesta, vuol dire che tacitamente vi accondiscende; la cosa non ha, del resto, importanza, nè può distinguersi secondo che tale obbligazione sia stata assunta, oppure no. Infatti, la violazione di essa non costituisce un'ingiuria grave: l'obbligazione è nulla come qualsiasi altra convenzione che abbia per oggetto le credenze religiose, e sarebbe assurdo pretendere che un contratto dichiarato nullo dalla legge possa dar vita ad un diritto. Può accadere, sebbene si presenterà pure l'ipotesi contraria, che quell'obbligo sia stato assunto in mala fede: essendo questa anteriore al matrimonio, non potrà invocarsi per ottenere il divorzio (*supra*, n. 625).

Dunque, nel caso nostro, il rifiuto di partecipare alla cerimonia religiosa non è una causa determinante il divorzio.

Questa conclusione peraltro non risolve la questione, come mostra di credere il Laurent.

Se il matrimonio ecclesiastico non ha luogo, uno dei coniugi non consentirà ad abitare coll'altro; perciò si verificherà questa condizione: nessuno dei due sposi vorrà saperne della vita comune, l'uno perchè intende prima d'essere maritato religiosamente, l'altro perchè non crede di assoggettarsi a detto preliminare; per conseguenza, ciascuno di essi ricuserà di vivere in comune, accampando le condizioni cui l'altro coniuge subordina tale convivenza.

Ora, la vita in comune è dell'essenza del matrimonio: perciò la situazione è illegale e può accadere che entrambi gli sposi

la invochino per domandare il divorzio. In favore di chi dovrà essere pronunziato?

Ciascuno dei due coniugi rifiuta di coabitare coll'altro: questo rifiuto permanente costituisce un'ingiuria grave se non è giustificato dalla condotta dello sposo cui si nega la convivenza (*supra*, n. 628). Perciò il divorzio dev'essere pronunciato contro il coniuge che rifiuta la coabitazione senza essere a ciò costretto dagli atti dell'altro, e quindi contro quello il quale, dopo il matrimonio, ha preteso, per incominciare la vita comune, la cerimonia religiosa, mentre non aveva preavvertita tale sua intenzione; contro quello il quale, dopo aver promesso di celebrare le nozze ecclesiastiche, ricusa, seguìto il matrimonio civile, di soddisfare all'assunto impegno.

Invano si obbietta che, rifiutando di partecipare alla cerimonia religiosa, obbedisce alla propria coscienza. La causa di divorzio non risulta da questo rifiuto, sibbene dall'abbandono della vita coniugale.

Ma, si dice, l'abbandono trova ragione nella volontà dell'altro coniuge di non iniziare la vita comune se non dopo il matrimonio religioso: questa pretesa è contraria alla libertà di coscienza, e pertanto non si può muover rimprovero alla condotta dello sposo, il quale, per non sottrarvisi, ricusa la coabitazione.

Con ciò si confondono fatti e condizioni.

La causa di divorzio è l'abbandono permanente e volontario della vita coniugale. Ora, questo non può perdere il suo carattere ingiurioso derivante dalla violazione dei doveri matrimoniali, se non per motivo delle circostanze in cui vien commesso. Qui si tratta di un coniuge indotto ad abbandonare la vita comune per aver violata la sua promessa; l'inadempimento di tale obbligazione se può essere giustificabile in sè stesso a causa dei motivi che lo determinarono, non può servire di scusa all'altro fatto, l'abbandono della vita coniugale, nè sortir l'effetto di far reputare in colpa lo sposo che mantenne i propri impegni. Ammettendo il contrario, si verrebbe a riconoscere al coniuge, che emise una promessa da lui poscia violata, il diritto di trar giovamento dalla sua malafede o dalla sua leggerezza, ed a considerare come responsabile di questa inadempienza l'altro sposo, il quale, evidentemente, non lo è affatto.

Del pari, il coniuge che, dopo il matrimonio civile, esige la cerimonia religiosa di cui prima non ha mai parlato, non può invocare, per giustificare il rifiuto alla coabitazione, l'opposizione fattagli senza animo malvagio e per puro scrupolo di coscienza. Quali si siano le opinioni dello sposo, l'abbandono permanente della vita coniugale è una violazione degli obblighi del matrimonio che costituisce un'ingiuria grave, poichè non trova scusa nella condotta dell'altro. Per vero, costui è irreprensibile: colpevole è soltanto quegli che dissimulò le proprie intenzioni.

Si dice pure che il rifiuto del matrimonio religioso è legittimo se lo comanda la coscienza: ora, l'abbandono della vita coniugale è causato da ciò che il coniuge non vuol sottomettersi a questa cerimonia religiosa; perciò anch'esso è ordinato dalla coscienza e quindi dev'essere considerato come legittimo e non può costituire una causa di divorzio. Ma si viene a disconoscere il carattere necessariamente ingiurioso, perchè contrario all'essenza del matrimonio, dell'abbandono della vita coniugale. Senza dubbio, e l'abbiamo veduto più sopra (n. 628), tale atto può, in determinate circostanze, non aprir l'adito a una domanda di divorzio, ma all'uopo è necessario che sia giustificato dai fatti. Ora qui si invoca a torto, per scusarlo, la libertà di coscienza: nessuno ha mai voluto violare la libertà di coscienza dello sposo che rifiuta di celebrare il matrimonio religioso. Egli si è spontaneamente posto in questa condizione col fare una promessa cui non attende: un tale impegno, se è contrario ai suoi sentimenti, non lo vincola, ma da ciò non risulta che abbia operato ragionevolmente contraendolo; coll'assumerlo, commise una colpa e non potrà invocare questa per giustificarsi; o, in altri termini, come già vedemmo, quando l'abbandono è conseguenza del fatto di uno dei coniugi, costui non può allegare il proprio fatto per iscusarsi.

Ma tutto ciò, si osserva ancora, conduce a fare d'una promessa o di dissimulazioni anteriori al matrimonio civile la causa del divorzio: questo sarà dunque motivato, contrariamente alla legge, da un fatto commesso prima delle nozze.

Il ragionamento è viziato di confusione e d'errore.

La causa del divorzio è l'abbandono del domicilio coniugale o meglio il rifiuto di vivere in comune, fatto posteriore al matrimonio. Gli atti commessi prima non costituiscono causa di divorzio e non vengono invocati come tali; per l'opposto sono allegati per giustificare la condotta dello sposo il quale si fonda, al fine di conseguire il divorzio, sul rifiuto di coabitare opposto dell'altro coniuge e per impedire a costui di chiedere il divorzio alla sua volta; anzichè essere causa di divorzio, gli atti in questione tolgono che colui, il quale li commise, possa ottenerlo.

Se quello fra gli sposi in cui favore dev'essere pronunziato il divorzio, non lo domanda, l'altro potrà promuoverlo.

Le circostanze che accompagnarono il rifiuto di quest'ultimo di procedere al matrimonio religioso, o la manifestazione della sua volontà di celebrarlo, giustificano, al pari che in caso di sevizie o di eccessi, l'abbandono del domicilio coniugale da parte dell'altro coniuge. Esse non consentono a costui di mantenere la condizione irregolare per tal modo creata: egli deve chiedere il divorzio o riprendere la vita comune; non potrebbe astenersi dalla domanda di divorzio e d'altro canto pretendere di non rientrare nella casa coniugale, adducendo che il proprio sposo persiste nella prima attitudine. Non è questa attitudine infatti che scusò l'abbandono del domicilio coniugale, sibbene le circostanze nelle quali esso ebbe luogo, circostanze passate e che non possono riprodursi. La nostra soluzione non è che l'applicazione dei principii esposti *supra*, n. 628.

Decidono non esservi ingiuria grave: trib. Bruxelles, 14 gennaio 1889, *Pasic.*, 1889, III, 174; Cl. e Bonj., v. XXXVII, 687; *Belg. jud.*, 1889, 966; — Huc, v. II, n. 298.

Decidono esservi ingiuria grave se lo sposo che rifiuta di maritarsi religiosamente considera questa cerimonia come vana ed inutile formalità: Bruxelles, 17 luglio 1889, *Pasic.*, 1889, II, 408; *J. Trib.*, 1889, 977; *Belg. jud.*, 1889, 966. — Cfr. *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 176 e seg; — Arntz, v. I, n. 402; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 87 e seg.; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 890 e seg.

630. Il marito è tenuto a rendere alla moglie, che deve soggiacervi, il debito coniugale. L'astensione o il rifiuto permanente delle relazioni intime viola un'obbligazione essenziale del matrimonio ed ha, per indole sua, il carattere oltraggioso che

costituisce l'ingiuria grave. Ciò non accadrà peraltro, qualora le circostanze della causa dimostrino che non dipende dalla volontà dello sposo, essendo, ad esempio, la conseguenza di uno stato di malattia (*supra*, n. 614 e 236).

Occorre notare, e molti caddero in errore su questo punto, che per invocare l'astensione del marito come una causa di divorzio, non basta che la moglie provi di essere ancora vergine, sebbene maritata da qualche tempo; essa deve dimostrare inoltre che il suo stato verginale dipende dalla volontà del marito, vale a dire che costui si è rifiutato a consumare il matrimonio, mentre era capace di farlo.

Su quest'ultimo punto, *sic* Angers, 15 gennaio 1896, *Pasic.*, 1896, IV, 105; *la Loi*, 1896, 234; — Orleans, 30 giugno 1893, *Pand. pér. fr.*, 1894, 2, 119; — Cass. Fr., 20 dicembre 1892, *Pasic.*, 1893, IV, 67; Sir. e *J. Pal.*, 1893, 1, 306; D. P., 1893, 1, 149; *Pand. pér. fr.*, 1893, 1, 185; — Cass. Fr., 15 gennaio 1892, Sir. e *J. Pal.*, 1892, 1, 78; *Pand. pér. fr.*, 1893, 1, 72; D. P., 1892, 1, 524; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 788.

Contra: Besançon, 26 luglio 1889, Sir., 1889, 2, 156; *J. Pal.*, 1889, 1, 858; D. P., 1893, 1, 149, in nota, che a torto decide essere tenuto il marito a provare di non essersi volontariamente astenuto dalle relazioni intime colla moglie; — trib. Senna, 5 maggio 1887, *Pand. pér. fr.*, 1888, 2, 170, che pure a torto giudicò che il rifiuto di rendere il dovere coniugale non costituisce mai una causa di divorzio.

Cfr. trib. Bruxelles, 11 aprile 1896, *Pasic.*, 1896, III, 253.

Per applicazione del principio decidono, secondo le circostanze della causa, che la mancata consumazione del matrimonio costituisce o no una causa di divorzio: le sentenze precitate e Algér, 26 febbraio 1895, D. P., 1895, 2, 344; — Nancy, 10 marzo 1894, Sir.. e *J. Pal.*, 1894, 2, 112; D. P., 1895, 2, 14; — Cass. Fr., 19 gennaio 1892, *Pand. pér. fr.*, 1893, 1, 72; — Agen, 22 dicembre 1891, Sir. e *J. Pal.*, 1892, 2, 208; D. P., 1892, 2, 148; — Douai, 29 aprile 1884, D. P., 1885, 2, 73; Sir., 1884, 2, 92; *J. Pal.*, 1884, 494; — trib. civile d'Amiens, 11 agosto 1883, D. P. 1885, 2, 73, nota 1; — trib. civile di Dunkerque, 27 novembre 1884, Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 77; Sir., 1885, 2, 23; *J. Pal.*, 1885, 1, 112; — Parigi, 19 maggio 1879, *Sir.*, 1879, 2, 175; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 77; *J. Pal.*, 1879, 723; — Aix, 7 aprile 1876, Sir., 1876, 2, 332; *J. Pal.*, 1876, 1259; D. P., 1877, 2, 127; — trib. civile, di Genève, 3 luglio 1885, Dall., *Rép.*, *Supp.* v. *Divorce*, n. 77; Sir., 1885, 4, 31; *Pand. belges*, v. *Consommation*, n. 16; *Cohabitation*, n. 54 *ter*; *Divorce*, n. 115 e 225; — Aubry e Rau, v. V, § 491, p. 176 e nota 15; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 77 e seg.; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 780 e s.

Cfr. l'art. 180 del codice civile prussiano: « Le mogli che allattano i loro bimbi hanno diritto di ricusare il debito coniugale ».

631. Non soltanto il rifiuto della moglie al debito coniugale può essere scusato dal di lei stato d'infermità, ma inoltre, se il marito, nonostante la malattia della donna, la obblighi ad aver rapporti con lui, potrà, a seconda dei casi, essere ritenuto colpevole di sevizie.

Sic Poitiers, 3 dicembre 1894, *Pasic.*, 1895, IV, 44; D. P., 1895, 2, 64; SIR., e *J. Pal.*, 1895, 2, 36.

632. Commette un maltrattamento chi comunica scientemente ad altri e senza il di lui consenso una malattia di cui si trova affetto. Il coniuge il quale volontariamente ha trasmesso l'infermità che lo affligge, all'altro sposo, senza il consenso almeno tacito di quest'ultimo, può dunque, secondo l'indole dell'infermità, essere ritenuto colpevole di ingiuria grave o di sevizie.

Per applicazione di questa regola, è stato giudicato che la comunicazione cosciente della sifilide al coniuge è una causa di divorzio.

Sic Bruxelles, 21 dicembre 1886, *Pasic.*, 1887, II, 64; *J. Trib.*, 1887, p. 20; *Pand. belges*, 1890, 179; DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 59; CL. e BONJ., v. XXVI, p. 235; — Riom, 6 marzo 1895, *Pasic.*, 1895, IV, 75; — Cass. Fr., 18 gennaio 1892, *J. Pal.*, e SIR., 1892, 1, 80; *Pand. pér. fr.*, 1893, 1, 94; D. P., 1892, 1, 184; — Nancy, 30 gennaio 1886, SIR., 1886, 2, 181; *J. Pal.*, 1886, 1, 983; — Parigi, 5 febbraio 1876, D. P., 1876, 5, 405; — *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 111; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 59 e 79; — AUBRY e RAU, v. V, § 491, p. 176, nota 17; *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 855 e s. Cfr. Parigi, 12 agosto 1895, SIR. e *J. Pal.*, 1895, 2, 312, che sembra ammettere, erroneamente, essere causa di divorzio la comunicazione, anche non cosciente, della malattia.

633. È dell'essenza del matrimonio il rispetto reciproco, fisico e morale, fra gli sposi. Vien meno a questa obbligazione e si rende colpevole d'ingiuria grave, il marito il quale, abusando dell'ignoranza della moglie e senza il costei desiderio espresso o tacito, la inizia a pratiche contro natura.

Sic Nimes 5 giugno 1894, SIR., e *J. Pal.*, 1896, 2, 142; — Bruxelles, 12 luglio 1893, *Belg. jud.*, 1893, 1301; *Pand. pér.*, 1893, 1277; — *Pand. fr*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 848.

634. I difetti, i vizî d'uno dei coniugi non costituiscono, considerati in sè medesimi e astraendo dalle loro conseguenze, ingiurie gravi (*supra*, n. 626); ma possono aver l'effetto di degradare lo sposo che coscientemente ad essi si abbandona. Ora, il matrimonio impone a ciascuno dei coniugi, non soltanto l'obbligo di rispettare il proprio sposo, ma anche quello di rispettare sè stesso. Vien meno ai doveri nuziali il coniuge che volontariamente si mette, durante il matrimonio, in una condizione disonorevole e fomite di scandalo; giustamente, in certi casi, si riterrà che la di lui condotta costituisca un'ingiuria grave.

Per applicazione di questi principî, fu ravvisata una causa di divorzio in fatti di pederastia e venne deciso che l'ubbriachezza abituale poteva o no, secondo le diverse specie, assumere tale carattere.

Riguardo alla pederastia, Anvers, 26 maggio 1888, *J. Trib.*, 1888, 840; *Pand. pér.*, 1888, 1216; *Pand. pér. fr.*, 1889, 5, 7; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 847.

Per quanto concerne l'ubbriachezza abituale, app. Bruxelles, 31 marzo 1897, *Pasic.*, 1897, II, 301, con una nota molto esauriente; — trib. Bruxelles, 15 giugno 1888, *J. Trib.*, 1888, 933; — Bruxelles, 14 marzo 1885, *Belg. jud.*, 1885, 583; — trib. Bruxelles, 19 gennaio 1884, *Belg. jud.*, 1884, 328; — 31 maggio 1883, *J. Trib.*, 1883, 663; — Bruxelles, 5 febbraio 1883, *J. Trib.*, 1883, 206; — Cass. B., 22 giugno 1882, *Pasic.*, 1882, I, 250; *J. Trib.*, 1882, 461; *Belg. jud.*, 1882, 874; Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 81; — Liegi, 28 luglio 1880, Cl., e Bonj., v. XXIX, 664; — trib. Verviers, 14 giugno 1880, *Pasic.*, 1881, III, 273; Cl. e Bonj., v. XXIX, n. 133; — Gand, 26 dicembre 1872, *Pasic.*, 1873, II, 95; *Belg. jud.*, 1873, 152; — trib. civile di Meaux, 13 dicembre 1882, Sir., 1884, 2, 71; Dall., *Rep.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 81; — *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 163 e s.; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 81.

Contra: Liegi, 24 luglio 1872, *Belg. jud.*, 1872, 1141; *Pasic.*, 1873, II, 58.

Cfr. trib. Termonde, 16 aprile 1892, *Pand. pér.*, 1892, 1547; — trib. Bruxelles, 4 febbraio 1882, *J. Trib.*, 143; — 22 aprile 1876, *Pasic.*, 1877, III, 174; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 821 e s.; — *supra*, n. 614.

635. Il matrimonio impone ai coniugi il reciproco rispetto: qualsiasi violazione di quest' obbligo costituisce un' ingiuria la quale, secondo le circostanze e specialmente avuto riguardo al grado di pubblicità che le venga dato, potrà essere o no una causa di divorzio.

Per applicazione di questo principio, fu giudicato avere il carattere di ingiuria grave:

1.° Il fatto del marito che si rese colpevole con una donna diversa dalla moglie di pubblico oltraggio ai costumi;

2.° La condotta del marito il quale, senza mantenere una concubina sotto il tetto coniugale, si è reso colpevole di adulterio od ebbe assiduità e attitudini compromettenti con altra donna;

3.° La condotta della moglie a carico della quale non fu provato l'adulterio, ma che per la sua leggerezza compromise la propria riputazione, o potè lasciar credere di aver ingannato il marito.

Riguardo al principio, *sic Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 148 e s.; *Adultère*, n. 301 e s.; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 82; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 831 e s.; — AUBRY e RAU, v. V, § 491, p. 175, nota 7 e *supra* n. 617.

Sul 1°, *sic* trib. Gand, 10 giugno 1893, *Pand. pér.*, 1893, 1810.

Sul 2°, *sic* Cass. B., 15 aprile 1897, *Pasic.*, 1897, I, 145; — Gand, 23 maggio 1891, *Pand. pér.*, 1891, 1091; — Bruxelles, 9 luglio 1890, *Belg. jud.*, 1890, 989; — Liegi, 23 aprile 1890, *Pasic.*, 1890, II, 251; *Pand. pér.*, 1890, 958; — trib. Bruxelles, 2 giugno 1888, *Rec. pér. et crit.*, 1888, 209; — trib. Verviers, 21 marzo 1888, *Belg. jud.*, 1888, 503; — trib. Bruxelles, 10 marzo 1888, *Pasic.*, 1888, III, 175; — Bruxelles, 28 giugno 1875, *Belg. jud.*, 1875, 1409; — Liegi, 24 luglio 1872, *Belg. jud.*, 1872, 1141; — Cass. Fr., 18 dicembre 1894, SIR., e *J. Pal.*, 1895, 1, 311; D. P., 1895, 1, 260; *Pand. pér. fr.*, 1895, 1, 140; — trib. civile della Senna, 28 novembre 1890, *Pand. pér. fr.*, 1890, 2, 148, e la nota; — Riom, 22 dicembre 1886, D. P., 1887, 2, 230; — Caen, 22 maggio 1872, SIR., 1873, 2, 290; *J. Pal.*, 1873, 1223; DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 85.

Sul 3°, *sic* trib. Termonde, 16 aprile 1892, *Pand. pér.*, 1892, 1547; — Bruxelles, 17 aprile 1891, *Pand. pér.*, 1891, 643; — 13 dicembre 1887, *J. Trib.*, 1888, 24; *Pand. pér. belges*, 1888, 196; — trib. Bruxelles, 11 marzo 1882, *J. Trib.* 1882, 260; — Poitiers, 18 giugno 1894, SIR., e *J. Pal.* 1894, 2, 235; — Alger, 25 aprile 1893, SIR., e *J. Pal.*, 1893, 2, 184; — trib. civile di Lodève, 22 febbraio 1893, *Pand. pér. fr.*, 1893, 2, 216; — Caen, 30 giugno 1891, D. P., 1893, 2, 368; — Toulouse, 1 agosto 1890, D. P., 1891, 2, 364; — trib. Auxerre, 3 maggio 1881, SIR., 1881, 2, 143; *J. Pal.*, 1881, 1, 716; DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 82; — Aix, 11 agosto 1875 (3ª sentenza), D. P., 1876, 12, 34.

Confr. trib. Bruxelles, 20 giugno 1885, *Pasic.*, 1885, III, 340; — 30 luglio 1887, *J. Trib.*, 1887, 1230; — Montpellier, 5 febbraio 1895, D. P., 1896, 2, 101.

686. I coniugi sono tenuti a prestarsi reciprocamente soccorso ed assistenza: il marito deve proteggere la moglie; questa obbedire al marito (art. 212 e 213).

Qualsiasi violazione di tali doveri potrà, a seconda dei casi, essere considerata o no un' ingiuria grave e aprire l' adito al divorzio.

Perciò la giurisprudenza ha dichiarato colpevole di ingiuria grave:

1.° Il marito che permette a un terzo di maltrattare la moglie in sua presenza;

2.° La moglie che lascia in completo abbandono il marito mentre si trova ricoverato in un manicomio;

3.° La moglie che assume impegni verso un'impresa teatrale contro la volontà del marito.

Sic:

Sul primo punto, Bordeaux, 23 luglio 1873, SIR., 1873, 2, 290; *J. Pal.*, 1873, 1224; DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 82.

Sul secondo, Bruxelles, 13 dicembre 1887, *J. Trib.*, 1888, 24; *Pand. pér. belges*, 1888, 196; — *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 158.

Sul terzo, DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 76.

Cfr. *supra*, n. 586.

687. Ognuno degli sposi ha diritto di conservare la propria religione o di mutarla, durante il matrimonio, purchè non agisca nel fine recare ingiuria al proprio coniuge.

Il marito che vieta alla moglie di praticare la religione da lei professata, esercita una violenza morale che può, al pari della violenza fisica, costituire una causa di divorzio.

Il marito può, in forza della patria potestà, rifiutare il battesimo ai figli; l' uso ch' egli faccia di questo diritto dev' essere regolato dalle obbligazioni coniugali: sarà dunque possibile ritenerlo colpevole di ingiuria grave qualora dichiari bruscamente la sua opposizione alla moglie che desidera invece quell' atto religioso, mentre essa non poteva attendersi tale rifiuto e in un momento in cui una dolorosa impressione potrebbe mettere in pericolo la vita di lei.

Sic:

Sul primo punto, trib. Mont-de-Marsan, 24 gennaio 1891; *Pand. pér. fr.*, 1891, 2, 259; DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 89.

Sul secondo, DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 88.

Sul terzo, Lyon, 25 marzo 1873, D. P., 1874, 5, 445; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 905 e s.

Confr. Nimes, 12 maggio 1887, *Gazette Trib.*, 28 maggio 1887; — HUC, v. II, n. 298.

638. Nè il codice civile, nè la nuova legge francese hanno elevato a causa perentoria di divorzio, analoga a quella stabilita dall'articolo 232 (*infra*, n. 640), le condanne correzionali subite da uno dei coniugi.

Queste non danno quindi luogo al divorzio se non quando implichino la prova di una grave ingiuria commessa dallo sposo condannato.

Perchè ciò accada, non occorre che l'atto delittuoso sia stato diretto contro l'altro coniuge o sia specialmente offensivo per esso; basta, e la questione è di puro fatto, che l'azione riesca disonorevole al suo autore, in guisa che si possa ritenere che il medesimo abbia gravemente violata l'obbligazione imposta dal matrimonio di non operar nulla che lo menomi nella pubblica stima e considerazione (*supra*, n. 634).

Taluni autori insegnano che la causa di divorzio non è il fatto che motivò la condanna, ma la condanna in sè stessa, perchè è questa che colpisce il condannato. La distinzione è però artificiale: anche ammettendo che il disonore derivi dalla sentenza, certo è che questa non produce tale effetto se non in forza dei fatti delittuosi che accerta e sui quali si appoggia.

Tali essendo gli elementi costitutivi dell'ingiuria grave, è indifferente che la sentenza sia stata pronunziata da un tribunale straniero o nazionale; essa deve peraltro essere stata resa in condizioni che ne risulti la realtà dei fatti disonorevoli imputati al convenuto.

Su quest'ultimo punto, *sic Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 21. — *Contra:* trib. Liegi, 21 ottobre 1877, CL. e BONJ., v. XXVII, p. 362, riferiti in DALL., *Rép.*, *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 93. — Confr. *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 955.

Decidono che una o più condanne correzionali possono, secondo le circostanze, essere considerate come ingiuria grave: trib. Bruxelles, 20 febbraio 1892, *Pand. pér. belges*, 1892, 109D, e la nota; — trib. Liegi, 15 dicembre 1888, *Pand. pér. belges*, 1889, 159; — trib. civile Bruxelles, 16 aprile 1887, *Pand. pér. belges*, 1886, 996; — Bruxelles, 17 febbraio 1881, *Pasic.*, 1881, II, 136, e la nota; DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 93; SIR., 1883, 4, 3; *J. Pal.*, 1883, 2, 4 e la nota; — trib. civile di Bruxelles, 22 dicembre 1877, DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 93; — trib. civile di Die, 4 marzo 1891, *Pand. pér. fr.*, 1891, 2, 280; — trib. Senna, 2 giugno 1890, *Pand. pér. fr.*, 1891, 2, 78, e la nota; — Toulouse, 31 dicembre 1888, D. P., 1890, 2, 104; SIR., 1889, 2, 61; *J. Pal.*, 1889, 344; — Nancy, 4 giugno 1887, *Pand. pér fr.*, 1888, 2, 168; — Tolosa, 7 luglio 1886, D. P., 1888, 2, 52; *Pand. pér. fr.*, 1887, 185; — trib. civile Castelnaudary, 13 agosto 1885, *Pand. pér. fr.*, 1887, 2, 185; — *Pand. belges.*, v. *Divorce*, n. 199 *bis* e s.; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 93 e s.: — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 868 e s.; — HUC, v. II, n. 298.

Confr. trib. civile Liegi, 22 ottobre 1877, CL. e BONJ., v. XXVII, p. 362; DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 93; — Bruxelles, 14 novembre 1871, D. P., 1887, 5, 160; — Lione, 26 luglio 1888, *Mon. Lyon*, 23 gennaio 1889: — trib. civile Coulommiers, 19 febbraio 1886, *la Loi*, 7 marzo 1886.

Contra: trib. di Villefranche (Haute-Garonne), 2 agosto 1888, *Pand. pér. fr.*, 1888, 2, 316, riformato con sentenza della Corte di Tolosa, 31 dicembre 1888 (precitata).

639. Per regola l'ingiuria grave, violazione d'un obbligo nascente dal matrimonio, suppone un fatto diretto da uno dei coniugi contro l'altro.

Tuttavia, la condotta di uno degli sposi verso terzi, ad esempio figli od affini, può costituire causa di divorzio allorquando, in relazione alle circostanze di fatto, l'altro coniuge abbia ragione di considerarsi come direttamente offeso. Così è, in particolare, del caso in cui la madre si sia resa colpevole di sevizie contro il figlio comune.

Sic Parigi, 27 marzo 1896, D. P., 1896, 2, 222; — trib. civile della Senna, 31 marzo 1890, *Pand. pér. fr.*, 1890, 2, 260; — *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 133 e s.; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 83 e s.

Cfr. trib. Bruxelles, 26 aprile 1879, *Pasic.*, 1880, III, 62; — Bruxelles, 17 maggio 1886, *J. Trib.*, 1886, 739; *Belg. jud.*, 1886, 807.

N. 4 CONDANNA A PENA INFAMANTE.

640. *L'articolo 232 del codice civile, ai cui termini la condanna di uno dei coniugi a pena infamante costituisce per l'altro una causa legittima di divorzio, è divenuto inapplicabile nel Belgio, dove il nuovo codice penale non riprodusse più la qualifica di pena infamante.* III, 197

Per quanto riflette la legislazione francese, si vegga al numero che segue.

Nel Belgio, la questione è tuttora controversa.

Il nuovo codice penale ha conservato, col nome di pene criminali, talune delle pene infamanti alle quali si riferisce l'articolo 232 del codice civile; ma non le ha più dichiarate infamanti, avendo abolito l'infamia legale. Se uno dei coniugi venga condannato ad una di queste pene, potrà l'altro invocare tale circostanza come causa perentoria di divorzio fondandosi sull'articolo 232?

A sostegno dell'opinione espressa nel testo, si possono addurre le parole pronunciate dall'Orts, nella tornata della Camera dei rappresentanti del 17 novembre 1851, discutendosi l'articolo 19 del codice penale: « Il codice penale sopprime la classificazione « delle pene infamanti. Vorrei pregare il ministro della giusti- « zia, prima di rendere esecutivo il nuovo codice penale, a « coordinare questa disposizione con diverse norme del codice « civile; poichè non poche di esse hanno riferimento a codesta « parte della legislazione penale, in ispecie quelle che ammet- « tono come causa di divorzio la condanna dello sposo ad una « pena infamante. È cosa assolutamente necessaria, per impe- « dire che, durante un certo periodo, un tal diritto non possa « esercitarsi ».

Rispose il ministro della giustizia: « Già io m'era preoccupato « dell'osservazione fatta dall'on. Orts. La revisione del codice pe- « nale ci obbligherà a recare delle modificazioni a talune leggi..».

(Nypels, *Lègislation criminelle*, v. I, p. 224, n. 33; confr. relazione del d'Anethan al Senato, Idem, p. 283, n. 8).

Gli autori di queste dichiarazioni pensarono evidentemente che la soppressione della qualifica di infamanti, attribuita a determinate pene, avrebbe avuto per conseguenza, qualora fosse conservato il testo dell'articolo 232 del codice civile, l'abrogazione di questa disposizione; dalle loro parole si evince del pari che tale abrogazione non era voluta dal legislatore.

L'osservazione dell'Orts è giusta, e poichè non fu sancito alcun coordinamento del codice penale col civile, l'opinione del Laurent deve essere approvata, se il codice civile ha fatto delle condanne infamanti una causa di divorzio, a motivo dell'infamia legale alle medesime annessa. Per l'opposto l'osservazione è erronea e l'articolo 232 deve reputarsi sempre in vigore, se, in questa disposizione, l'espressione « condanna infamante » è adoperata per indicare tutte le condanne diverse da quelle correzionali e di polizia, vale a dire le condanne che si chiamano oggidì criminali.

A un primo sguardo, si sarebbe tentati di respingere la seconda soluzione considerando che, se la legge qualifica infamanti le condanne ch'essa eleva a causa determinata di divorzio, attribuisce loro tale efficacia appunto perchè sono infamanti; se altrimenti fosse, non avrebbe fatto uso di tale qualificazione e avrebbe usate le parole « condanne criminali ».

Questo è, a creder nostro, il concetto che guidò il Laurent. Esso peraltro ne pare erroneo.

All'epoca in cui fu redatto l'articolo 232 del codice civile, era in vigore il codice dei delitti e delle pene del 3 brumaio anno IV. L'articolo 599, primo del libro III intitolato « Delle pene, disposizioni generali », reca: « Le pene sono semplici, o correzionali, o infamanti, o afflittive ». Gli articoli 602 e 603 enumerano le pene infamanti e le afflittive; l'articolo 604 dichiara che le pene afflittive sono insieme infamanti. Perciò la legislazione penale vigente al tempo in cui fu sanzionato l'articolo 232, non adoperava l'espressione « pena criminale », ma contrapponeva alle pene correzionali e di polizia le afflittive e le infamanti, comprendendo fra queste tutte le pene afflittive; di guisa che, per designare tutte le condanne diverse da quelle

correzionali o di polizia, l'espressione legale era « pene infamanti ».

Da ciò risulta che l'aver usato nell'articolo 232 del codice civile le parole « pena infamante » non prova punto che il legislatore abbia inteso di far derivare dal carattere infamante di queste condanne l'effetto che loro attribuisce: egli potè benissimo valersi di questi termini per indicare tutte le condanne diverse da quelle correzionali o di polizia.

Che sia così dimostrano chiaramente i lavori preparatorî dell'articolo 232.

Il progetto discusso in seno al Consiglio di Stato (seduta del 24 vendemmiale anno X) recava: « Art. 3. Se l'uno dei coniugi « sia condannato ad una pena afflittiva, l'altro potrà domandare « il divorzio » (LOCRÉ, v. II, p. 490, n. 7). Il Regnier fece osservare che qualsiasi pena infamante avrebbe dovuto aprire l'adito al divorzio; ma gli fu risposto che, secondo l'articolo 604 del codice dei delitti e delle pene, tutte le pene afflittive sono anche infamanti. Chiese allora « che si dicesse afflittiva od « infamante, poichè le leggi criminali potrebbero, in seguito, « distinguere le due specie di pene ». L'emendamento fu adottato.

Adunque gli autori dell'articolo 232, prevedendo una possibile modificazione della legge penale, emendarono il progetto allo scopo di conservare come causa di divorzio, anche nel caso che le une non comprendessero più le altre, le pene designate dalla legge allora vigente, sia come infamanti, sia come afflittive. Per conseguenza, essi vollero che qualsiasi condanna diversa da quelle correzionali o di polizia, costituisca una causa di divorzio.

È vero che, più tardi, il testo precedentemente accolto venne modificato. Dapprima fu proposto quest'altro: « La condanna definitiva di uno dei coniugi a pena infamante è una causa di divorzio (seduta del 4 brumaio anno X; LOCRÉ, v. II, p. 512, n. 1; p. 515, n. 11); poscia la parola « definitiva » scomparve e il testo divenne quale si legge nel codice. Queste modificazioni non hanno importanza di sorta, poichè non furono precedute da veruna discussione; nè fu invocato motivo alcuno donde si possa indurre la mutata volontà del legislatore: il testo definitivo è conforme all'opinione espressa sin da principio

dal Consiglio di Stato, giacchè l'espressione « pena infamante » era a quell'epoca, come vedemmo più sopra, il solo termine legale atto a designare insieme tutte le condanne diverse da quelle correzionali o di polizia. Da ultimo, nè il Treilhard, nell'Esposizione dei motivi della legge fatta al Corpo legislativo in nome del Tribunato (seduta del 30 ventoso anno XI), nè il Savoye-Rollin, nella relazione al Tribunato (seduta del 27 ventoso anno XI), nè il Gillet, nel discorso pronunziato dinnanzi al Tribunato (seduta del 30 ventoso anno XI), dicono una frase sola che permetta di attribuire al testo un significato diverso da quello che noi gli diamo: al contrario, le parole di cui tutti si valgono sono affatto generiche e si applicano perfettamente a qualsiasi condanna penale.

« Viola il contratto colui il quale, per propria colpa, degrada « la sua esistenza civile, e così accade di chi vien condannato « a una pena infamante. Egli stesso ha modificato l'indole « dell'associazione quando, all'onorevole catena che i coniugi « debbono portare insieme, ha sostituito quella ignominiosa del « criminale » (Discorso del Gillet. V. le conformi osservazioni del Boulay al Consiglio di Stato, seduta del 14 nevoso anno X).

Tanto dalla lettera quanto dai lavori preparatorî dell'articolo 232 risulta dunque che il legislatore volle erigere a causa di divorzio tutte le condanne diverse da quelle correzionali o di polizia, vale a dire le condanne che la legge designa oggidì colla qualifica di criminali.

Questa soluzione trova conferma nello studio dell'indole e dell'estensione della modifica che il nuovo codice penale portò nella classificazione delle pene.

Delle pene che gli articoli 602, 603 e 604 del codice dei delitti e delle pene reputavano infamanti, il codice penale belga conservò la morte, la reclusione, la detenzione; ma soppresse una delle conseguenze delle medesime, che era di colpire d'infamia legale le persone cui venivano applicate: « ... Inoltre, il codice « (del 1810) annette a qualsiasi pena afflittiva, come conse- « guenza necessaria, legale, inevitabile, l'infamia. È uno dei « difetti più gravi del sistema penale francese » (Prima relazione del Haus, NYPELS, *Législation criminelle,* v I, p. 27, n. 27; confr. idem, NYPELS, *ibid.*, p. 29, n. 37 e segg.). « Perciò

« il progetto conserva la distinzione fra pene criminali, corre-
« zionali e di polizia, ma sopprime la divisione delle pene cri-
« minali in afflittive ed infamanti e solo infamanti » (Relazione del Roussel alla Camera dei rappresentanti, seduta del 2 luglio 1851; NYPELS, *Législation criminelle*, v. I, p. 167, n. 8; confr. idem, NYPELS, *ibid.*, p. 168, n. 12; relazione del d'Anethan al Senato, seduta del 24 marzo 1852, NYPELS, *ibid.*, p. 283, n. 8). Adunque ciò che il novello codice abolì, fu una suddivisione delle pene criminali, una delle conseguenze che la legislazione anteriore attribuiva alle pene criminali conservate dalla legge nuova. Siccome, in causa di queste conseguenze, erano chiamate infamanti, tale appellazione dovette essere modificata. « Bisogna pertanto sopprimere la distinzione fra pene infamanti « e non infamanti. Conviene altresì abbandonare la qualifica « di afflittive... Perchè non ci accontenteremmo delle espressioni « « pene criminali » o « pene in materia criminale ».? (Relazione citata dell' Haus). Ma dal fatto che il nuovo codice penale soppresse una delle conseguenze delle pene criminali che ha mantenuto, non segue già che siano abrogati gli altri effetti delle pene medesime. Non si potrebbe sostenere ciò se non quando tale fosse stata la volontà del legislatore; ora noi abbiamo veduto ch'egli espresse un'intenzione contraria: si tratta di una semplice discordanza legislativa, non di un'abrogazione.

Sic trib. Gand, 13 febbraio 1892, *Pand. pér. belges*, 1892, 605, e la nota; — 7 aprile 1880, *Pasic.*, 1881, III, 54; — trib. Nivelles, 22 novembre 1876, *Pasic.*, 1878, III, 210; — trib. Liegi, 13 febbraio 1875, *Pasic.*, 1876, III, 6; CL. e BONJ., v. XXIII, p. 1172; — trib. Anvers, 5 marzo 1870, *Belg. jud.*, 1870, 393; CL e BONJ., v. XVIII, p. 1172; — *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 299 e s.; — dissert. Masius, CL. e BONJ., v. XXIII, p. 953.

Contra: trib. civile Mons, 3 giugno 1892, *Pand. pér. belges*, 1893, 121; — trib. Bruxelles, 10 febbraio 1892, *Pand. pér. belges*, 1892, 1090; — Turnhout, 17 gennaio 1889, *Pasic.*, 1889, III, 270; *Pand. pér. belges*, 1889, n. 620; — trib. Bruxelles, 24 ottobre 1884, *J. Trib.*, 1884, 1382; — Bruxelles, 12 agosto 1879, *Pasic.*, 1880, II, 292; *Belg. jud.*, 1880, 746; — trib. Bruxelles, 22 dicembre 1877, *Pasic.*, 1878, III, 27; DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 93; — 12 giugno 1875, *Belg. jud.*, 1875, 988; — ARNTZ, v. I, n. 404.

641. In Francia, la legge del 27 luglio 1884 ha modificato l'articolo 232 come segue:

« La condanna di uno dei coniugi a una pena afflittiva ed infamante costituirà per l'altro una causa legittima di divorzio ».

Come fu detto in Senato (Humbert, seduta del 20 giugno 1884, *Journ. officiel*, 21 giugno 1884, p. 1138), lo scopo della nuova formola è di stabilire che, pel tratto successivo, il bando e la degradazione, pene semplicemente infamanti, non costituiranno più una causa di divorzio o di separazione personale.

Sic Pand. fr., *Rép.*, v. *Divorce*, n. 947 e s.; — Parigi 10 aprile 1895, *Gazette du Palais*, 1895, 1, 578. — Cfr. DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 95 e 96; — Angers, 11 dicembre 1884, *J. Pal.*, 1885, 194; D. P., 1885, 2, 273.

642. È palese che una condanna, vuoi a pena criminale, vuoi a pena afflittiva ed infamante, non può costituire causa perentoria di divorzio se non in quanto faccia piena prova delle circostanze che la determinarono. Ciò non accadrà quindi allorchè detta condanna non sia passata in giudicato o se sia stata cancellata mercè l'amnistia o la riabilitazione (Cfr. art. 261 del cod. civ.).

Sic Bordeaux, 3 febbraio 1892, *Pand. pér. fr.*, 1893, 2, 205 e la nota; — trib. Limoges, 7 novembre 1884, SIR., 1885, 2, 19; *J. Pal.*, 1885, 1, 110; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 100 e s.; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 959 e s., 973 e s.; — AUBRY e RAU, v. V, § 491, p. 178.

643. Per applicazione dei principii svolti al n. 638, la condanna a pena criminale, anche quando non la si considerasse come causa perentoria di divorzio a sensi dell'articolo 232 del codice civile, potrebbe, in certi casi, essere ritenuta un'ingiuria grave.

Sic Bruxelles, 12 agosto 1879, *Pasic.*, 1880, II, 292; *Belg. jud.*, 1880, 746.

644. Che cosa si dovrà decidere se la condanna, sia a pena criminale, sia a pena correzionale, è stata pronunziata da un tribunale straniero contro un cittadino belga?

Non sarà lecito considerarla mai come una causa perentoria di divorzio, anche se sia reputata infamante secondo la legislazione del paese in cui venne emessa: infatti, le sentenze rese dai tribunali stranieri non hanno di pien diritto esistenza legale nel Belgio. Tuttavia simili decisioni potranno, secondo i casi, essere addotte a prove dei fatti costitutivi d'ingiuria grave.

V. *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 237; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 953 e seg.; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 109, — e *supra*, n. 638.

N. 5. DEL CASO DI CUI ALL'ARTICOLO 310.

645. *Questa causa di divorzio venne ammessa per impedire che le idee religiose del coniuge che ottenne la separazione personale, obblighino per tutta la vita ad un celibato coatto il di lui sposo il quale non nutrisse le medesime credenze.*

III 198 200

L'articolo 310 non può mai essere invocato dalla moglie contro cui venne pronunziata la separazione personale per causa di adulterio o dall'attore nel giudizio di separazione; esso è pertanto inapplicabile quando entrambi i coniugi abbiano chiesta la separazione personale.

Il marito può accamparla anche se la moglie, che ottenne la separazione personale, rifiuti di ritornare nel domicilio coniugale, perchè il marito vi mantiene una concubina.

Su quest'ultimo punto, v. *infra*, n. 651.

La legge francese ha modificato l'articolo 310 del codice civile, tanto per riguardo alla procedura, di che ci occuperemo più innanzi, quanto rispetto alle condizioni richieste per l'applicabilità di questa disposizione.

Oggi ciascuno dei coniugi, e quindi così l'attore come l'avversario, ha diritto di chiedere la conversione; questa può aver luogo, anche se la separazione personale sia stata pronunziata per l'adulterio della moglie: da ultimo, la legge non dice più in modo espresso che la conversione sia subordinata al rifiuto

dell'originario attore di riprendere la vita comune. Il nuovo testo è formulato come segue: « Allorchè la separazione personale sia durata tre anni, la sentenza potrà essere convertita in una pronunzia di divorzio sopra domanda di uno degli sposi.... ».

Le difficoltà alle quali diè luogo l'applicazione di questo precetto saranno esaminate *infra*, ai nn. 646 e segg., 652 e segg.

646. L'articolo 310 (antico) ha lo scopo di permettere allo sposo contro cui fu pronunziata la separazione personale, di convertirla nel divorzio. Poichè il coniuge offeso non si valse dei fatti onde fu vittima se non per ottenere il rallentamento del vincolo matrimoniale, l'articolo 310 attribuisce al colpevole il diritto di sostituire la propria volontà a quella dello sposo innocente e, compiendo ciò che costui avrebbe potuto pretendere, far sì che dalle circostanze in ragion delle quali fu accordata la separazione, consegua il divorzio con tutti i suoi effetti.

In Francia, il nuovo articolo 310 concede a ciascuno dei coniugi il diritto di agire e attribuisce al magistrato il potere discrezionale di decidere se sia caso di sostituire il divorzio alla separazione. Ma a ciò si limitano le loro facoltà: una volta che la concessione sia stata ordinata, queste ipotesi sono esaurite, e la sentenza di separazione non può essere sotto nessun riguardo riveduta.

L'efficacia del nuovo articolo 310 è dunque identica a quella del precedente. L'infrazione degli obblighi nascenti dal matrimonio non aveva dato luogo che ad un rallentamento del vincolo coniugale; il nuovo articolo 310 concede ai coniugi di attribuirle effetti più estesi, di far sì che distrugga il matrimonio, e di sostituire alle conseguenze del rallentamento dell'unione coniugale quelle che derivano dalla soppressione di essa, ovvero, come dice il nuovo testo, di convertire in sentenza di divorzio la sentenza di separazione.

La nuova decisione che interviene a sanzionare questo cangiamento non è altro dunque se non quella che sarebbe stata resa tre anni prima se il coniuge avesse sperimentata l'azione di divorzio in luogo della separazione personale; e quindi dovrà,

dal giorno in cui sia divenuta definitiva, produrre i medesimi effetti per l'avvenire. Saranno mantenute tutte le conseguenze comuni alle sentenze di separazione e a quelle di divorzio; gli effetti della separazione personale, invece, verranno meno e saranno sostituiti dagli effetti generali al divorzio.

Sic Cass. fr., 3 gennaio 1893, Sir., e *J. Pal.*, 1893, 1, 225; D. P, 1893, 1, 126; — 11 febbraio 1889, Sir., 1889, 1, 22; D. P., 1890, 1, 225; *J. Pal.*, 1889, 535; — 4 febbraio 1887, Sir., 1889, 1, 228; D. P., 1889, 1, 250; — Caen, 25 ottobre 1887, Sir., 1889, 2, 102; *J. Pal.*, 1889, 576; — Douai, 29 giugno 1885, D. P., 1886, 2, 206; *J. Pal.*, 1886, 975, — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 707; — Huc, v. II, n. 459.

Cfr. Liegi, 6 novembre 1893, *Pasic.*, 1894, II, 210; *Pand. pér. belges*, 1894, 156; — Gand, 7 gennaio 1888, *Pasic.*, 1888, II, 267; *Belg. jud.*, 1888, 1087; — Bruxelles, 25 giugno 1883, *Pasic.*, 1883, II, 338; — Cass. fr., 15 dicembre 1896, D. P., 1897, 1, 420.

647. Se la sentenza di conversione constata, a carico di uno dei coniugi, dei fatti nuovi ai quali siano connesse talune conseguenze giuridiche, queste si verificheranno per l'avvenire: da un lato, la pronunzia non retroagisce, nè si reputa che, durante il periodo intermedio, il matrimonio non abbia esistito: dall'altro, nessuna disposizione di legge destituisce dei loro effetti giuridici i fatti nuovi accertati a carico dello sposo.

648. La sentenza di conversione si limita a sostituire, senza effetto retroattivo, allo stato di cose che risulta dalla separazione personale, quello che sarebbe esistito qualora, originariamente, in luogo della separazione fosse stato pronunziato il divorzio (*supra*, n. 646); non può quindi migliorare, nè peggiorare la condizione dei coniugi. Conseguentemente, se la separazione fu pronunziata per colpa di entrambi, in caso di conversione, non potrà il divorzio essere ordinato a carico di uno soltanto.

Sic Cass. fr., 11 febbraio 1889, Sir., 1889, 1, 225; *J. Pal.*, 1889, 535; D. P., 1890, 1, 225; — Huc, v. II, n. 459.

649. L'articolo 310 (antico) subordina il diritto di chiedere la conversione al requisito che l'attore originario ricusi di por fine alla separazione personale.

Volta che questa sia cessata, non può parlarsi più d'invocare l'articolo 310 per ottenere il divorzio: perciò, se la moglie che ottenne la separazione riprende la vita comune in seguito alla diffida fattale dal marito, costui non potrà prevalersi dell'articolo 310, qualora più tardi la donna abbandoni nuovamente il domicilio coniugale.

Sic Liegi, 1 agosto 1883, *Pasic.*, 1884, II, 17; *Belg. jud.*, 1884, 963.

650. Perchè possa pronunziarsi il divorzio, l'articolo 310 (antico) esige che l'attore originario, presente o « debitamente chiamato », non consenta subito a far cessare la separazione.

Questa disposizione non obbliga a diffidare l'attore originario perchè riprenda la vita comune: infatti, il testo non ne parla, limitandosi a prescrivere che l'attore originario sia debitamente chiamato, cioè citato in giudizio di divorzio.

Tale interpretazione, che risulta dalla lettera stessa della legge, è conforme ai lavori preparatorî di questa; infatti, le parole « debitamente chiamato » furono introdotte in seguito ad una osservazione mossa dalla sezione legislativa del Tribunato: « L'articolo del progetto lascia qualche dubbio sul punto « se, in tal caso (art. 310), il coniuge contro cui si chiede « il divorzio, debba o no essere preventivamente citato innanzi « al tribunale. La sezione si è decisa per l'affermativa ed ha « ritenuto necessaria la menzione. Conseguentemente, fu adot- « tata la proposta d'intercalare le parole « presente o debita- « mente chiamato » dopo le altre « se l'attore originario ».

Cfr. Gand, 7 gennaio 1888, *Pasic.*, 1888, II, 267; *Belg. jud.*, 1888, 1087; — 17 aprile 1879, *Pasic.*, 1880, II, 154.

651. Accade talvolta che, pur consentendo alla cessazione della separazione personale, l'attore originario ricusi di riprendere la vita comune. La moglie ha ottenuto la separazione pel motivo che il marito manteneva una concubina sotto il tetto coniugale, o per altra causa qualsiasi; tre anni dopo, il marito nella cui abitazione risiede sempre la concubina, agisce in divorzio fondandosi sull'articolo 310. Debitamente citata, la donna dichiara di consentire alla cessazione della separazione personale, purchè il marito rinunzi alle sue abitudini di vita e afferma di non voler riprendere la vita comune se non dopo il licenziamento della concubina.

In simili condizioni, la domanda di divorzio dev'essere rigettata?

La questione, che non può sorgere se non dove sia ancora applicabile l'antico articolo 310 (v. *supra*, n. 645), forma oggetto di viva controversia.

L'articolo 310 dispone che il tribunale ammetterà il divorzio quando la separazione personale sia durata tre anni, se l'attore originario presente o debitamente citato non consenta tosto a far cessare la separazione.

Questa disposizione non può essere interpretata che in un sol modo, cioè che, dopo tre anni, il coniuge, convenuto nel giudizio di separazione personale, può far cessare la situazione creata dalla sentenza che la pronunziò: bisogna che l'attore che la ottenne rinunzi a giovarsene, o che sia fatto luogo al divorzio.

Codesta interpretazione, che sgorga dalla lettera dell'art. 310 del codice civile, è conforme allo scopo prefissosi dal legislatore ed esposto dal Treilhard: « Non sarebbe giusto che il coniuge, « il quale scelse, come più conforme ai suoi principî, il rimedio « della separazione, potesse vietare perpetuamente all'altro, le « cui credenze siano, per avventura, diverse, di contrarre un « secondo matrimonio. Questa libertà, che la Costituzione ga- « rantisce a tutti, verrebbe allora violata a danno di uno « degli sposi: fu quindi necessario consentire che costui possa, « scorso un certo tempo, chiedere che la separazione sia con- « vertita in divorzio, qualora il coniuge che ottenne la separa-

« zione non aderisca a farla cessare ». (Corpo legislativo, seduta del 30 ventoso anno XI).

Adunque, spirati i tre anni, se così vuole l'originario convenuto, o la separazione personale è convertita in divorzio, o l'attore originario deve rinunziare al beneficio della sentenza di separazione da lui ottenuta; non potrà più invocare questa sentenza per vivere separato dal proprio coniuge.

Dal momento che ha emessa la rinunzia, dal momento che consentì alla cessazione dello stato di cose creato dalla sentenza di separazione, il che non ha per necessario effetto di por fine alla separazione personale (Laurent, vol. III, n. 357 e segg.), l'azione di divorzio fondata sull'articolo 310 dev'essere rigettata.

Questo rigetto non implica necessariamente il ritorno alla vita comune.

La legge non parla del ripristino della vita coniugale; conseguentemente, simile circostanza non ha valore se non in quanto serva ad apprezzare la sincerità dell'attore originario, allorchè dichiara di consentire alla cessazione della separazione personale. Se non invoca alcun motivo per non riprendere la vita in comune, si può dire che la sua dichiarazione non è sincera, che, in realtà, esso vuol conservare lo stato di fatto risultante dalla sentenza di separazione e che è quindi caso di pronunziare il divorzio. Per l'opposto, se l'attore originario adduce, per non ritornare alla vita comune, motivi legittimi diversi dalla separazione, non si può dal suo rifiuto dedurre che la rinuncia al beneficio dell'ottenuta sentenza non sia seria e che debba ammettersi il divorzio. Così appunto accade allorquando la moglie dichiari di rinunziare al beneficio della separazione personale, ma di non voler ritornare nel domicilio coniugale finchè lo occupa una concubina; il marito non può giovarsi di questo rifiuto perchè, come vedemmo (*supra*, n. 628) la moglie ha diritto di abbandonare il marito che mantiene una concubina nella casa coniugale.

Nè si dica che questa soluzione è contraria al voto del legislatore, il quale, nell'interesse della libertà di coscienza, volle che la separazione personale abbia termine dopo tre anni. Gli autori di questa disposizione intesero, come chiaramente di-

mostra il citato passo del Treilhard, che l'attore in separazione non possa, per fatto proprio e in forza della sentenza, obbligare l'altro coniuge a rimanere personalmente separato più di tre anni. Nell'ipotesi in cui il rifiuto della coabitazione è basato sulla circostanza che il marito mantiene una concubina, non si verifica punto ciò che il legislatore volle impedire. Non è più il fatto dell'attore originario, non è più la sentenza di separazione che vieta alla moglie di ritornare nel domicilio coniugale, ma il fatto del convenuto originario, del marito che mantiene una concubina. Perciò, anche se non esistesse una sentenza di separazione, la donna potrebbe agire ugualmente: la sola differenza fra le due ipotesi è che, se la separazione non esiste, potrà essere domandata, mentre ciò è inutile qualora sia stata già pronunciata: in entrambi i casi, il fatto del marito impedisce la riunione dei coniugi; nell'uno serve a motivare la separazione personale, nell'altro le vieta di cessare (LAURENT, vol. III, n. 357 segg.).

Invano si afferma che un tal sistema conduce a permettere all'attore originario di consentire condizionalmente alla cessazione della separazione personale e al ripristino della vita comune, mentre la legge non gli conferisce simile diritto.

È certo che l'attore non può condizionare il proprio consenso alla cessazione della separazione personale; non gli sarà quindi lecito di subordinare la sua adesione a qualsivoglia vantaggio pecuniario.

Ma la situazione da noi considerata è assai diversa, e l'obbiezione sorge perchè si confonde il ritorno alla vita comune col fatto che si cessi d'invocare la sentenza di separazione personale. La legge non dice mica che il divorzio possa essere rigettato soltanto in caso di ripristino della vita comune, ma si limita a decidere che dev'essere negato se l'attore originario consente a far cessare la separazione, cioè rinunzi a che continuino gli effetti della sentenza che la pronunciò, regola che si capisce benissimo, poichè il legislatore volle evitare che gli scrupoli di coscienza di uno dei coniugi impongano all'altro un perpetuo celibato. Nella specie nostra, convien ripeterlo, la situazione che il legislatore ha inteso impedire non si verifica punto. L'attore ha rinunziato al beneficio della sentenza di se-

parazione; se le conseguenze di questa rinuncia, vale a dire il ripristino della vita in comune, la cessazione della separazione personale, l'annullamento della sentenza che l'ordinò non hanno luogo, ciò accade non già pel fatto dell'attore originario, ma per causa del convenuto. Non è quindi applicabile l'articolo 310, che ha per iscopo di proteggere il convenuto contro il fatto dell'attore originario.

Sic trib. Bruxelles, 11 maggio 1895, *Pasic.*, 1895, III, 214; *Pand. pér. belges*, 1895, 1484; — trib. Anversa, 2 febbraio 1893, *Pasic.*, 1893, III, 219; *Pand., pér. belges*, 1893, 1220; — Bruxelles, 6 luglio 1892, *Pasic.*, 1893, II, 17; *Belg. jud.* 1892, p. 1277; — trib. Bruxelles, 4 luglio 1891, *Pasic.*, 1892, III, 47; *Pand. pér. belges*, 1892, 424.

Contra: Gand, 30 marzo 1895, *Pasic.*, 1895, II, 283; *Pand. pér. belges*, 1895, 1537; — trib. Bruges, 5 marzo 1894, *Pasic.*, 1894, III, 178.

Cfr. *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 348.

652. Tanto il nuovo quanto il precedente articolo 310 subordinano la conversione della separazione personale in divorzio alla condizione che la separazione si sia protratta per tre anni.

Qual è il punto di partenza di questo termine?

Non vi ha dubbio che in conformità al principio generale, il *dies a quo* non si computa; ma questo è il giorno in cui fu pronunziata la sentenza che accorda la separazione o quello in cui la medesima è divenuta esecutiva?

Bisogna accogliere l'ultima soluzione.

Scopo dell'articolo 310 è di impedire al coniuge il quale, per scrupolo di coscienza, preferì la separazione personale, di mantenere per più di tre anni la situazione da lui creata (v. al numero precedente le parole del Treilhard); ora, questa non esiste se non dal momento in cui la sentenza di separazione è divenuta esecutiva: se fino allora i coniugi vissero separati, ciò non accadde in forza della sentenza, perchè essa non può eseguirsi se non in quanto sia esecutiva, ma per virtù di decisioni provvisionali che, prima della sentenza, hanno autorizzata la provvisoria separazione e che producono effetto finchè

il giudizio di separazione non sia terminato con una sentenza esecutiva.

Invano si obbietterebbe che, essendo divenuta esecutiva la sentenza di separazione, i suoi effetti debbono verificarsi retroattivamente dal giorno in cui fu intentata l'azione. Questa regola non può avere per conseguenza che una posizione di fatto, causata da decisioni diverse della sentenza di separazione, debba considerarsi come motivata dalla medesima. Inoltre se l'obbligazione fosse fondata, il termine dovrebbe cominciare a decorrere dal giorno in cui fu introdotta l'azione e, per conseguenza, se il giudizio fosse durato tre anni, il divorzio potrebbe essere chiesto subito; ora non vi ha dubbio che tale non sia il voto della legge.

Il testo del nuovo articolo 310 (legislazione francese) diceva dapprima: « Qualunque sentenza di separazione personale divenuta definitiva da almeno tre anni, verrà convertita in sentenza di divorzio ». Questa formola, che consacra la tesi nostra, venne adottata dalla Camera e modificata dal Senato; emerge però chiaramente dalle discussioni che la modifica non fu affatto motivata dal pensiero di sostituire, pel computo dei tre anni, un nuovo punto di partenza a quello che risultava in modo perspicuo dal testo votato dapprima.

Sic Cass. Fr., 28 dicembre 1891 (soluz. implic.); SIR e *J. Pal.*, 1892, 1, 120; — Douai, 22 aprile 1891, D. P., 1891, 2, 278; SIR., 1891. 2, 245; *J. Pal.*, 1891, 1363; — nota alla sent. di Bourges, 3 novembre 1890, D. P., 1891, 2, 277; *J. Pal.*, 1891, 1363.

Contra: Bourges, 3 novembre 1890, D. P., 1891, 2, 277; SIR., 1891, 2, 245; *J. Pal.*, 1891, 1363.

Cfr. Cass. Fr., 28 novembre 1887, *Pand. pér. fr.*, 1888, 1, 38; D. P., 1888, 1, 433; *J. Pal.*, 1890, 1, 268; SIR., 1890, 1, 113.

Per ciò che concerne i lavori preparatorii, v. SIREY, *Lois annotées*, 1884, p. 666, nota 32; D. P., 1884, 4, 107, nota 7.

653. In Francia, il nuovo articolo 310 attribuisce al magistrato, allorchè la domanda di conversione della separazione personale in divorzio riunisca i requisiti di legge, facoltà di decidere se sia caso di ammetterla.

Questa interpretazione risulta in modo manifesto dai lavori preparatorî ed è anche consacrata dalla giurisprudenza.

Vedere quando la conversione dev'essere accordata è essenzialmente una questione di fatto: il magistrato la risolverà secondo le circostanze di ciascuna specie, tenendo per unica guida l'interesse delle parti, quello della moralità pubblica e facendo astrazione dalle proprie idee personali intorno alla preferenza da darsi, in teoria, alla separazione dei coniugi o al divorzio.

Sic Cass. Fr., 12 gennaio 1887, D. P., 1887, 1. 160; *Pand. pér. fr.*, 1887, 1. 388; Sir., 1888, 1, 374; *J. Pal.*, 1888, 918; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*. n. 668 e seg., e 694 e seg.

Vedi pure Dijon, 3 luglio 1895, D. P., 1896, 2, 287; — Cass. Fr., 13 luglio 1891, Sir. e *J. Pal.*, 1892, 1, 503; D. P., 1894, 1, 66.

§. II. Delle prove delle cause determinate.

III, 201-204

654. *È ammessa la prova scritta. Non possono però essere prodotte in giudizio le lettere confidenziali. Quelle indirizzate a terzi sono confidenziali nel senso che gli estranei non possono giovarsene. Sarà lecito invocare la corrispondenza passata fra i coniugi, essendo questa proprietà del destinatario, che ha diritto di farne uso per giustificare la sua domanda giudiziale.*

La giurisprudenza tende a respingere il sistema del Laurent e ad ammettere la produzione in giudizio delle lettere confidenziali, purchè non risulti che la parte che la invoca ne acquisti il possesso con mezzi illeciti.

Pare a noi che la soluzione della controversia dipenda essenzialmente dall'indole del diritto di proprietà di cui forma oggetto la corrispondenza. Esamineremo questo punto nel commento al libro II del codice civile.

655. *La prova testimoniale e le presunzioni sono ammissibili senza limiti di sorta.* III, 205

Sic Cass. B., 29 dicembre 1881, *Pasic.*, 1882, I. 21; *Belg. jud.*, 1882, 1203; — Cass. Fr., 13 novembre 1889. D. P., 1890, 1, 36; Sir., 1890, 1, 338; *J. Pal.*, 1890, 946; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 417, 419 e s.

656. *La confessione può essere ammessa come prova se, a norma delle circostanze della causa, il giudice si sia convinto che l'attore è in buona fede e che non vi fu collusione fra i coniugi.* III, 206

Sic trib. Louvain, 24 novembre 1877, *Belg. jud.*, 1878, 12; — Corte provinciale della Nuova-Olanda, 4 gennaio 1872, *Belg. jud.*, 1872, p. 899; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 427 e s.; — Huc, v. II, n. 289; — Aubry e Rau, v. V, § 491, p. 181.

Cfr. trib. Liegi, 26 luglio 1882, Cl. e Bonj., v. XXXII, 828; — *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 316 e s.; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et separation de corps*, n. 437, e 438; — *Infra*, n. 662.

657. *Non sono ammissibili nè il giuramento litisdecisorio, nè quello suppletorio.* III, 207

Sic Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 438; — Huc, v. II, n. 291. — Cfr. *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 436 e 437, che respingono bensì il giuramento decisorio, ma sembrano ammettere il suppletorio.

§ III. Delle eccezioni d'inammissibilità.

658. *Le eccezioni d'inammissibilità (fins de non-recevoir) concernono il merito della controversia ed escludono la domanda senza ammetterne neppure l'esame. Sono eccezioni d'inammissibilità la riconciliazione dei coniugi, la prescrizione e, in certo senso, la compensazione.* III, 208

Gli articoli 272 a 274 del codice civile furono abrogati in Francia per virtù dell'articolo 4 della legge del 18 aprile 1886; lo sostituisce l'articolo 244 il cui significato è identico.

Sic Pand. fr., Rép., v. *Divorce*, n. 1942.

N. 1. Della riconciliazione.

III, 209 **659.** *La riconciliazione, che implica il perdono, da parte del coniuge offeso, dell' ingiuria recatagli, estingue l'azione di divorzio.*

Il perdono suppone essenzialmente la conoscenza dell' ingiuria; per conseguenza, la riconciliazione non produce effetto, se al tempo in cui ebbe luogo, il coniuge remittente ignorava le circostanze che servono di base all'azione.

Sic trib. Bruges, 28 gennaio 1884, *Pasic.*, 1884, III, 207; *Belg. jud.*, 1884, 747; — Bruxelles, 30 gennaio 1882, *J. Trib.*, 1882, 208; — Cass. Fr., 14 marzo 1888, D. P., 1888, 1, 271; *Pand. pér. fr.*, 1888, 1, 205; — Cass. Fr., 4 dicembre 1876, D. P., 1877, 1, 313; Sir., 1877, 1, 110; *J. Pal.*, 1877, 263; — 3 febbraio 1875, Sir., 1875, 1, 393; *J. Pal.*, 1875, 1009, e la nota del Labbé; — 1 agosto 1874, Sir., 1874, 2, 365; *J. Pal.*, 1874, p. 1138; *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 443; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, *Divorce*, n. 369; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 1950 e s.

660. Come indica la stessa parola, la riconciliazione suppone il perdono da parte del coniuge offeso e il ravvicinamento dei due sposi.

Può accadere che, indipendentemente dalla riconciliazione, vale a dire senza che sia intervenuto il perdono e senza che siasi ristabilito l'accordo fra i coniugi, lo sposo offeso rinunzi al diritto di denunziare l'ingiuria patita; simile rinuncia costituisce un'eccezione d'inammissibilità?

Tutti le negano tale carattere, se abbia per oggetto fatti futuri.

Nel caso opposto, si dice, bisogna distinguere. Se non fu spiegata l'azione di divorzio, la rinuncia al diritto di esperirla è nulla in quanto concerne una cosa sottratta al commercio; se invece l'istanza è introdotta, l'attore può desistere espressamente o tacitamente.

Questa distinzione è erronea. In nessun caso la rinuncia costituisce un'eccezione d'inammissibilità: tutto quanto può ammettersi, è che se l'azione fu promossa, la desistenza dell'attore lo costringerà a ricominciare la procedura: vi sarà una eccezione contro il procedimento e non il fine di non ricevere. Per aversi una rinuncia che vincoli il coniuge offeso, è d'uopo anzitutto che costui abbia offerto di rinunziare al diritto di chiedere il divorzio, poscia che il convenuto abbia accettata l'offerta: in altri termini, la rinuncia implica necessariamente una convenzione fra i coniugi relativa al diritto di domandare il divorzio che appartiene all'uno di essi. Ora, questo diritto è sottratto al commercio; perciò il contratto che lo modifica è nullo e non esiste motivo alcuno perchè tal conclusione muti a seconda che sia o non sia intentata l'azione mediante la quale si esercita il diritto.

Il diritto di chiedere il divorzio è concesso ai coniugi nel loro interesse; per conseguenza, si dice, possono questi rinunziare all'azione introdotta, non essendovi legge che lo vieti.

Ma non occorre una disposizione speciale per togliere valore alla rinuncia. Ogni rinuncia è necessariamente una convenzione: al pari di qualunque altra convenzione, sarà nulla qualora concerna un oggetto di cui le parti non possono disporre. Ora, il diritto di prevalersi delle cause di divorzio per chiedere lo scioglimento del matrimonio ha appunto tale caratteristica. La convenzione con cui gli sposi si obbligassero a non mai domandare il divorzio sarebbe certamente nulla: il vizio medesimo che affetta simile convenzione inficierebbe il contratto mediante il quale il coniuge, a cui favore sorse il diritto di chiedere il divorzio, rinuncia ad esercitarlo.

Si obbietta ancora che, come il coniuge offeso può non provocare il divorzio, è razionale che, dopo aver inoltrata la domanda, gli sia lecito di arrestarne gli effetti.

Ma in tal guisa si confonde il fine di non procedere col fine di non ricevere. Il coniuge offeso potrebbe bene non chiedere il divorzio; ma il fatto dell'inazione sua non gli toglie il diritto d'agire: egli si limita ad astenersi dall'esercitare il diritto che gli appartiene. Posto ciò, l'unica conseguenza che possa trarsi da questa facoltà d'astensione è che, qualora abbia iniziato il giudizio, potrà rinunciare a proseguirlo, desistere dall'azione e ritornare nella condizione in cui si trovava prima. Questa desistenza influisce soltanto sulla procedura pendente e non sull'esistenza del diritto a chiedere il divorzio; l'attore conserva la facoltà di esercitarlo, come gli spettava prima di aver dato inizio alla procedura abbandonata in seguito.

L'articolo 272 prova che la rinuncia del coniuge offeso non costituisce un'eccezione d'inammissibilità. Esso dice, infatti, che l'azione di divorzio si estingue colla riconciliazione. Ora, questa importa, non solamente la rinuncia, ma altresì il perdono dell'offesa e il ravvicinamento dei coniugi. L'articolo 272 esige dunque qualche cosa di più perchè possa opporsi il fine di non ricevere; perciò se vi ha semplice rinuncia, se manca il perdono e il ravvicinamento dei coniugi, l'eccezione non può opporsi.

Nè si dica che la riconciliazione costituisce un fine di non ricevere solo in quanto contiene una rinuncia. Se la legge avesse reputato sufficiente la rinuncia, lo avrebbe detto e non avrebbe parlato di riconciliazione, la quale non ha luogo nei casi di semplice rinuncia.

D'altro canto, l'obbiezione dimentica la ragion d'essere del divorzio e i motivi che giustificano l'esistenza del fine di non ricevere tratto dalla riconciliazione. Il divorzio non infrange il vincolo matrimoniale, ma constata soltanto la rottura che già esisteva nel fatto (*supra*, n. 613). Per questo la riconciliazione costituisce un fine di non ricevere: infatti, quando è avvenuta, quando il coniuge offeso ha perdonato, ed entrambi gli sposi ritornarono alla vita comune, la rottura non esiste più e quindi non può più parlarsi di divorzio. Per l'opposto, in caso di semplice rinuncia, siccome il coniuge offeso non ha perdonato, sussiste sempre la rottura fra gli sposi, e, per conseguenza, qualora l'offeso intenti l'azione, si verserà in materia di divorzio.

Si obbietta pure che, se i coniugi non potessero rinunciare al divorzio, la legge non avrebbe, creando le decadenze stabilite dagli articoli 266 e 269 del codice civile, procurato loro indirettamente il mezzo di farlo. L'argomento non avrebbe valore se non in quanto queste disposizioni fossero fondate sulla circostanza che, nei casi dalle medesime preveduti, il coniuge offeso abbia rinunziato tacitamente alla propria azione; ma così non è. Gli articoli 266 e 269 suppongono, all'opposto, che il coniuge desideri ottenere il divorzio: il legislatore non volle che la condizione di cose, cui si riferiscono queste disposizioni, abbia a prolungarsi, e, per raggiungere lo scopo, ha tolto all'attore che la mantiene il diritto di agire in divorzio; gli articoli 266 e 269 non presumono punto una rinuncia da parte dell'attore, ma erigono in penalità la privazione del diritto di agire.

Sic App. Parigi, 27 novembre 1891, *Pand. pér. fr.*, 1892, 2, 309; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 2082 e 2089; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 364, 378; — HUC, v. III, n. 360; — nota di LABBÉ alla sent. di Caen, 25 luglio 1882, SIR., 1885, 4, 49; *J. Pal.*, 1885, 319.

Contra: Cass. B., 23 maggio 1872, *Pasic.*, 1872, I, 348; *Belg. jud.*, 1872, 761; CL. e BONJ., 1872-1873, 105.

Cfr. Liegi, 13 febbraio 1890, *Pasic.*, 1890, II, 232; — *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 517 e s.

661. Chi agisce in divorzio deve trovarsi presente ai diversi atti della procedura: se rimane contumace senza legittimo motivo, decade dall'azione cui si presume abbia rinunziato.

Da ciò non è a concludere che vi sia riconciliazione nè che l' attore possa chiedere nuovamente il divorzio sol quando si siano verificate cause ulteriori; infatti, la semplice rinunzia all'azione non implica riconciliazione (v. *supra*, n. 660).

È vero che, per attribuire facoltà al coniuge, decaduto dal beneficio della sentenza che pronunzia il divorzio, di riprendere l'azione, l' articolo 266 esige che siansi verificate cause nuove. Ma questa disposizione non è contraria alla nostra tesi: infatti, nel caso ch'essa prevede, l'azione di divorzio, contrariamente a

ciò che accade nell'ipotesi da noi contemplata, ha condotto a una sentenza definitiva e si trova estinta, avendo prodotto tutti i suoi effetti, giacchè ha attribuito a chi ebbe ad esperirla il diritto di cui si chiedeva il riconoscimento (cfr. *infra,* n. 666).

Contra : trib. Bruxelles, 20 gennaio 1894, *Pand. pér. belges*, 1894, 826. Cfr. trib. Bruxelles, 14 marzo 1896, *Pasic.*, 1896, III, 168; — *Pand. fr.*, *Rép.*. v. *Divorce*, n. 1259 e s.

III, 210 **662.** *Le regole sulle prove per testi delle cause di divorzio si applicano alla prova testimoniale della riconciliazione* (art. 274). *Questa non può risultare dalla confessione dell' attore, nè dal giuramento decisorio o suppletorio; infatti tali mezzi probatori implicano che si possa disporre del diritto controverso, mentre il diritto d'intentare l'azione di divorzio è sottratto al commercio.*

In Francia, l'articolo 274 è stato abrogato: la disposizione del medesimo deve qui osservarsi solo in quanto le regole circa la somministrazione della prova per testi in materia di divorzio non deroghino al diritto comune, perchè non costituisce che l'applicazione dei principì generali sul divorzio.

È ancora controversa la questione se la riconciliazione possa provarsi colla confessione o col giuramento.

In massima, le cause di divorzio possono essere stabilite mediante la confessione (*supra,* n. 656); posto ciò, non si comprende perchè la verità della riconciliazione non potrebbe essere provata nello stesso modo, tanto più che non vi è certamente timore di una fraudolenta collusione tra le parti.

Sembra a noi che la soluzione della difficoltà dipenda dai principì generali sulla confessione e sul giuramento; perciò ci riserbiamo di esaminare la questione esponendo tali principì.

Rispetto all'ammissibilità delle presunzioni per provare la riconciliazione, v. Cass. B., 30 aprile 1896, *Pasic.*, 1896, I, 172.

Relativamente alla confessione, v. Laurent, v. XX, n. 169 e s.

Riguardo al giuramento, Idem, n. 230 e s.

663. *La riconciliazione può essere tacita; la coabitazione dei coniugi, posteriore all'offesa, non implica necessariamente la riconciliazione.* III, 211

Per applicazione di questa regola, fu giudicato che non v'è riconciliazione:

1° Se i fatti donde si pretende indurla, non sono motivati che da un sentimento di pietà verso il convenuto o furono imposti dalle circostanze, senza che sia intervenuto il perdono e la volontà di riprendere la vita comune;

2° Quando la coabitazione dei coniugi ha luogo in condizioni tali da non implicare il perdono:

3° Se il coniuge offeso subordinò il perdono all'adempimento, da parte dell'altro, di determinate condizioni che non vennero eseguite, e si sia in seguito ritrattato.

Sul primo punto, *sic* Gand, 29 luglio 1890, *Pasic.*, 1891, II, 80; — Anvers, 9 giugno 1888, *Pasic.*, 1889, III, 90; — Gand, 30 luglio 1887, *Pasic.*, 1888, II, 151; — Verviers, 23 dicembre 1885, Cl. e Bonj., v. XXXIV, p. 511; — trib. Bruxelles, 29 maggio 1885, *Pasic.*, 1885, III, 213; — 26 aprile 1879, *Pasic.*, 1880, III, 62; — Bruxelles, 9 agosto 1877, *Pasic.*, 1878, II, 266; *Belg. jud.*, 1877, p. 1409; — Cass. Fr., 11 dicembre 1893, Sir e *J. Pal.*, 1894, 1, 120; D. P., 1894, 1, 341; *Pand. pér. fr.*, 1894, 1, 296; — Lyon, 12 marzo 1892, D. P., 1892, 2, 249; — Dijon, 6 marzo 1884, Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 366. — Cfr. *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 44 e s.; — *Pand fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 1971 e s., 1992 e s.

Sul secondo punto, *sic* Liegi, 10 ottobre 1894, *Pasic.*, 1895, II, 65; — Bruxelles, 24 ottobre 1884, *Belg. jud.*, 1884, 1338; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 1975;

Cfr. Bruxelles, 22 giugno 1894, *Pand. pér. belges*, 1894, 1597; — *Pand. belges*, v *Divorce*, n. 447 e s.

Sul terzo punto, *sic* Caen, 14 marzo 1883, Dall., *Rép.*, *Supp*, v. *Divorce*, n. 367; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 1985.

664. A sensi del codice penale, qualora la moglie sia condannata per adulterio, il marito può arrestare gli effetti della condanna consentendo a riprender seco la sposa.

Se il marito si vale di questo diritto e la donna ritorna al domicilio coniugale, vi sarà riconciliazione.

Per l'opposto, se la moglie, dopo la liberazione, si rifiuta di ritornare alla vita comune, non potrà invocare la riconciliazione: infatti, essa, a causa della propria condotta, impedì che il concessole perdono producesse le sue conseguenze e ostacolò l'accordo che costituisce l'essenza della riconciliazione. Non si potrebbe sostenere il contrario se non dimenticando che l'eccezione d'inammissibilità risulta, non già dal solo perdono, ma dal ripristino della vita comune e dal ristabilimento dei buoni accordi tra coniugi, dopo che l'offeso ha perdonato (*supra*, n. 660).

V. Parigi, 4 agosto 1888, D. P., 1890, 2, 279; *Pand. pér. fr.*, 1889, 2, 233; SIR., 1889, 2, 13; *J. Pal.*, 1889, p. 99; — HUC, t. III, n. 364; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 364.

665. L'articolo 272 del codice civile, come in Francia il nuovo articolo 244, dichiara in modo assoluto che l'azione di divorzio si estingue colla riconciliazione dei coniugi. Non si fa alcuna distinzione fra le diverse cause di divorzio; donde deriva che non è lecito ammetterne, e che la riconciliazione costituisce un fine di non ricevere anche se la domanda sia fondata sulla circostanza che il convenuto subì una condanna afflittiva ed infamante.

Si obbietta, è vero, che in questo caso non può parlarsi di perdono, poichè l'azione non si fonda sopra un'offesa fatta all'attore dal convenuto, sibbene sulla condanna di costui. Ma così ragionando si dimentica che la condanna a pena criminale è una causa di divorzio, poichè il fatto di essersi reso colpevole dell'atto che produsse la condanna, costituisce una violazione degli obblighi matrimoniali e conseguentemente un'offesa all'altro coniuge (*supra*, n. 638, 642 e 643).

Sic Toulouse, 7 luglio 1886, *Pand. pér. fr.*, 1887, 2, 185; D. P. 1888, 2, 52; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 1999; *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 377; — AUBRY e RAU, vol. V, § 492, p. 184, nota 8; — *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 479 e s.; — ARNTZ, n. 440.

Contra: Angers, 11 dicembre 1884, D. P., 1885, 2, 273; SIR., 1885, 2, 19, *J. Pal.*, 1885, 194.

666. La riconciliazione estingue l'azione di divorzio; essa è quindi inefficace se l'azione ha già prodotto il suo effetto, vale a dire se sia già intervenuto un decreto o una sentenza definitiva che ordina il divorzio. La riconciliazione, anche se posteriore a questa decisione, non potrebbe invocarsi per impedire all'ufficiale dello stato civile, nel Belgio di pronunziare il divorzio, in Francia di procedere alla trascrizione

Sic Pand. belges, v. *Divorce*, n. 495; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 376; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 1994.

667. *Quando, dopo la riconciliazione, il coniuge che ottenne il perdono si renda colpevole verso l'altro di nuove offese, queste ridanno vita ai fatti sanati dalla riconciliazione, anche se, da soli, non presentino la gravità che la legge richiede per costituire una causa di divorzio e rivestano tale carattere solo in quanto siano aggiunti ai precedenti. Il coniuge che concesse il perdono potrà, basandosi su entrambe le categorie di fatti, chiedere il divorzio; e ciò senza che influiscano le circostanze che prima della riconciliazione egli abbia o no intentata un'azione di divorzio, che i fatti nuovi e i precedenti abbiano indole diversa o che i fatti allegati nell'istanza che ebbe termine colla riconciliazione siano stati dichiarati insussistenti* (art. 273 del cod. civ.). III, 212

In Francia, l'art. 273 è abrogato, ma venne sostituito coll'articolo 244 § 2, che ha identico significato.

Non occorre che i fatti nuovi bastino da soli a giustificare la domanda di divorzio; infatti, come rileva il Laurent, se fosse altrimenti, l'articolo 273 (articolo 244 § 2 nuovo) sarebbe inutile.

Questa disposizione esige nondimeno che vi sia una nuova causa di divorzio.

Da ciò si concluse che il fatto nuovo deve, per sè medesimo, costituire una causa di divorzio e che i fatti anteriori non sono utili se non in quanto l'inchiesta attenui la gravità del fatto nuovo come venne esposto.

Un tale sistema non può accogliersi. Ciò che la legge intese per causa nuova sopravvenuta dopo la riconciliazione, è evidentemente una causa reale, vale a dire una causa la cui esistenza sia dimostrata dall'inchiesta; per conseguenza, se la teorica che combattiamo dovesse essere consacrata, ne deriverebbe, come si vide testè, che l'articolo 273 sarebbe inutile.

La causa nuova di divorzio è un fatto che partecipa della natura di quelli dai quali può derivare il divorzio; per determinare la pertinenza dei fatti nuovi, si terrà calcolo dei fatti estinti dalla riconciliazione; in altri termini, dopo una riconciliazione, non potrà mai il divorzio essere pronunziato esclusivamente pei fatti anteriori alla riconciliazione, ma questi varranno a caratterizzare la gravità dei fatti nuovi. Perciò se, di fronte al silenzio della legge, non si può dire che i fatti anteriori e i fatti nuovi debbano essere dell'identica natura, bisogna però riconoscere che gli uni si trovano in certa relazione cogli altri, di guisa che i precedenti possono influire sulla portata dei nuovi.

Sic, quanto al principio, Bruxelles, 14 dicembre 1892, *Pasic.*, 1893, II, 129; D. P., 1894, 2, 125, e 1893, 2, 317; — Cass. B., 3 agosto 1871, *Belg. jud.*, 1871, 1217; Dall., *Rép.*, *Supp.* v. *Divorce*, n. 380, nota 2; — Cass. Fr., 18 dicembre 1894, D. P., 1895, 1, 260; Sir., 1895, 1, 311; — 18 gennaio 1881, Sir., 1881, 1, 209; *J. Pal.*, 1881, 1, 508, e la nota del Lacointa; D. P., 1881, 1. 125; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 380; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 2015 e s.; — Aubry e Rau, vol. V, § 492, p. 186, nota 16; — Huc, n. 367.

Contra: Pand. belges, v. *Divorce*, n. 513 e seg.

V. quanto alla diversa natura dei fatti anteriori e nuovi, *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 2014; — *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 511; — Arntz, n. 422.

Circa l'ammissione dei fatti dichiarati inesistenti o non pertinenti in un'istanza finita colla riconciliazione, *sic* trib. Charleroi, 23 gennaio 1896, *Pasic.*, 1896, III, 118; — Cass. Fr., 29 marzo 1887, D. P., 1887, 1, 453; *Pand. pér. fr.*, 1887, 1, 80; *J. Pal.*, 1887, 1154; — 5 gennaio 1874, Sir., 1874, 1, 124, *J. Pal.*, 1874, 286,; D. P., 1876, 5, 403-404; - Aubry e Rau, vol. V, p. 186, § 492; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 394; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 2022.

Cfr. *infra*, n. 674.

668. La riconciliazione estingue l'azione di divorzio, perchè il divorzio è la constatazione giudiziale della risoluzione del matrimonio e questa risoluzione non esiste se i coniugi si sono riconciliati (*supra*, n. 659, 660). Ora il divorzio non può essere pronunziato se non nei casi preveduti dalla legge, ed è questa una regola d'ordine pubblico. Perciò, se il giudice riconosce che dopo i fatti dedotti a fondamento della domanda gli sposi si sono riconciliati, deve rigettare l'azione d'ufficio, anche se il convenuto non abbia eccepito il fine di non ricevere; poichè il non averlo fatto non potè far rivivere l'azione. Pronunziare il divorzio in questa ipotesi equivarrebbe ad ammetterlo, mentre in fatto la risoluzione del matrimonio non sussiste, per conseguenza in un caso in cui la legge non volle avesse luogo; da ultimo, il contrario sistema condurrebbe a considerare come divorzio per causa determinata, un divorzio che, in realtà, risulta dalla comune volontà dei due coniugi.

Sic Lione, 2 marzo 1894, Sir. e *J. Pal.*, 1894, 2, 136; D. P., 1894, 2, 468; *Pand. pér. fr.*, 1895, 2, 133; — 9 dicembre 1871, D. P., 1871, 5, 353; Sir. e *J. Pal.*, 1894, 2, 136, in nota; — Huc, v. II, n. 366; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 375; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 1993.

Cfr. *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 482 e seg.

N. 2. Della compensazione.

669. *In materia di divorzio non si ammette compensazione; vale a dire che l'offesa di cui si è reso colpevole l'attore non fa scomparire i torti del convenuto e gli attribuisce solo il diritto di chiedere il divorzio. Tuttavia se, in causa della sua condotta, l'attore provocò i fatti di cui si lagna, questi perderanno, in taluni casi, la loro gravità e cesseranno di costituire una causa di divorzio. Simile attenuazione non può aver luogo quando venga riconosciuta l'esistenza d'una causa perentoria di divorzio, come l'adulterio, gli eccessi, le sevizie.* III 213-214

Sic Gand, 24 marzo 1894, *Pand. pér. belges*, 1894, 987; — Bruxelles, 5 luglio 1893, *Pand. pér. belges*, 1893, 1645; — trib. Bruxelles, 4 marzo 1893,

Pand. pér. belges, 1893, 1204; — Bruxelles, 29 giugno 1892, *Pasic.*, 1893, II, 124; *Pand. pér. belges*, 1893, 892; — Termonde, 1 giugno 1892, *Pasic.*, 1892, III, 359; — trib. Bruxelles, 12 gennaio 1889, *Pasic.*, 1889, III, 94; — Liegi, 21 dicembre 1888, *Pasic.*, 1889, II, 180, e le note; *J. Trib.*, 1889, p. 280; — trib. Bruxelles, 9 giugno 1888, *Pasic.*, 1888, III, 300; — 20 giugno 1885, *Pasic.*, 1885, III, 340; — Bruxelles, 14 marzo 1885, *Belg. jud.*, 1885, 583; — Cass. Fr., 16 luglio 1895, Sir. e *J. Pal.*, 1895, 1, 361; D. P., 1896, 1, 127; — 8 luglio 1895, Sir. e *J. Pal.*, 1895, 1, 311; D. P., 1896, 1, 127; — 16 aprile 1894, D. P., 1895, 1. 85; Sir. e *J. Pal.*, 1895, 1, 309; — Orleans, 13 marzo 1891, *Pand. pér. fr.*, 1891, 2, 305, e la nota. — Cass. Fr., 17 dicembre 1889, *Pand. pér. fr.*, 1890, 1, 567; — Parigi, 20 ottobre 1886, D. P. 1888, 2, 101; — Cass. Fr., 18 gennaio 1881, D. P., 1881, 1, 125; *J. Pal.*, 1881, 1, 508; Sir. 1881. 1, 209; — trib. civile Senna, 16 dicembre 1886, *Pand. pér. fr.*, 1887, 2, 156; — Tolosa, 11 novembre 1886, *Pand. pér. fr.*, 1887, 2, 23; — Bordeaux, 3 maggio 1877, *France judiciaire*, 1877-1878, 2, 55; — Nancy, 20 dicembre 1873, D, P., 1874, 2, 208; — *Pand. belges*, v. *Compensation*, n. 13, e *Divorce*, n. 528 e seg.; — Aubry e Rau, v. V, p. 188. § 493; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 399 e 401; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 2052 e seg.

Cfr. *supra*, n. 628.

670. I fatti sui quali è fondata l'azione ad divorzio vennero commessi col consenso dell'attore, o eziandio ad istigazione del medesimo. Questa circostanza costituisce un fine di non ricevere?

Se la domanda poggia sopra fatti ingiuriosi, dovrà essere respinta: per verità, non vi ha ingiuria quando chi si pretende offeso consentì all'atto di cui si duole.

La questione è più delicata quando venga addotta una causa perentoria di divorzio: la moglie allega che il marito mantenne una concubina nella casa coniugale, e il marito agiva col consenso della moglie, oppure essa medesima pagava la donna perchè lo seducesse, ne divenisse la concubina e le costituisse così una causa di divorzio.

L'azione di divorzio dev'essere respinta.

Il divorzio venne istituito, non perchè il legislatore abbia voluto ledere il principio dell'indissolubilità del matrimonio, ma perchè ha considerato che in certi casi il matrimonio è, di fatto, risolto e la vita comune diventa impossibile per cagione della condotta di uno degli sposi in confronto dell'altro: esso

considerò che doveva esser lecito alla vittima di questa condizione di cose di porvi termine, chiedendo lo scioglimento del matrimonio (v. *supra*, n. 613). Taluni fatti vennero eretti in cause perentorie di divorzio, perchè gli autori del codice li reputarono talmente offensivi per lo sposo che ne è vittima, da rendergli impossibile di continuare a vivere così. Ora, nel caso in cui il coniuge che li invoca vi ha consentito, od anche li ha provocati, non sono più ingiuriosi per lui, avendovi dato origine egli medesimo. Per conseguenza l'azione, cui quelli furono di unica base, dev'essere respinta: così accade allorquando l'adulterio della moglie fu permesso o pagato dal marito, quando la donna ha autorizzato o favoreggiato l'adulterio del proprio sposo.

Senza dubbio, la legge è assoluta e non distingue secondo che l'attore in divorzio abbia o non abbia autorizzati i fatti di cui si lamenta. Ma da ciò non risulta che si debba respingere qualsiasi distinzione. Infatti, l'ipotesi contemplata dalla legge è diversa da quella che stiamo esaminando. I lavori preparatorì dimostrano chiaramente che il legislatore non intese disporre pel caso in cui uno dei coniugi autorizza la cattiva condotta dell'altro, ma si preoccupò soltanto delle ipotesi nelle quali lo sposo adultero agì contro la volontà del proprio coniuge e si rese colpevole verso di lui.

Per verità, concedere al marito d'invocare l'adulterio commesso dalla moglie colla sua autorizzazione, equivarrebbe a permettergli di allegare come causa di divorzio la condotta sua propria. Sarebbe come dire che la legge eresse l'adulterio a causa assoluta di divorzio, mentre essa ne fece soltanto una causa relativa, poichè da un lato nega al coniuge colpevole il diritto di avvalersi della propria condotta per domandare il divorzio, e, dall'altro, l'adulterio con costituisce una causa di divorzio quando il coniuge che se ne rese colpevole fosse incosciente (*supra*, n. 614).

Invano si dirà che il consenso del marito è nullo, perchè contrario al buon costume. In diritto esso è certo inesistente nel senso che non può essere fonte di diritti o di obbligazioni; ma nel fatto, ebbe pur luogo e produsse la conseguenza di togliere all'adulterio della moglie quel carattere che il legi-

slatore gli suppose, d'un atto compiuto contro la volontà del marito; esso impedì quindi il verificarsi della situazione di fatto di cui il legislatore creò una causa perentoria di divorzio.

Il coniuge che autorizza la cattiva condotta del proprio sposo, la moglie che paga la complice del marito compiono atti immorali da cui consegue la mala condotta dell'altro. Ora, un atto contrario al buon costume è privo di qualsiasi effetto dal punto di vista legale e non può dar vita ad un diritto. Questo principio sarebbe violato se il coniuge che consentì alla cattiva condotta dell'altro e quindi ne è uno degli autori, potesse poi trovare in tale condotta, vale a dire nelle conseguenze della propria immoralità, il diritto di chiedere il divorzio.

Sic Parigi, 18 luglio 1893, D. P., 1893, 2, 471; SIR. e *J. Pal.*, 1893, 2, 267; — trib. civile della Senna, 14 marzo 1889, *Pand. pér. fr.*, 1889, 2, 135; — ARNTZ, n. 400; — AUBRY e RAU, v. V, § 492, p. 187, nota 25; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 402; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 2059 e seg.

Contra: Bruxelles, 17 febbraio 1881, *Pasic.*, 1881, II, 219; *Belg. jud.*, 1881, 627.

Cfr. Bruxelles, 31 luglio 1874, *Pasic.*, 1875, II, 41; D. P., 1875, 2, 91; — nota 2 della *Pasicrisie* alla sent. del tribunale di Ypres, 17 giugno 1887, *Pasic.*, 1887, III, 323.

671. Entrambi i coniugi furono condannati a una pena afflittiva od infamante: avranno l'uno e l'altro il diritto di chiedere il divorzio, o si dovrà dire che, essendo entrambi infami, nessuno può addurre l'infamia dell'altro per ottenere lo scioglimento del matrimonio?

La condanna di uno dei coniugi a pena facoltativa ed infamante è causa di divorzio perchè, commettendo i fatti che diedero origine alla condanna, esso mancò ai doveri che il matrimonio gli imponeva verso il proprio sposo (*supra*, n. 638, 642 segg.). Se entrambi furono condannati, ne risulterà che ciascuno dei due venne meno alla propria obbligazione e potrà chiedere il divorzio, precisamente come potrebbe farlo se tanto il marito quanto la moglie si fossero resi colpevoli di eccessi o di sevizie.

Farà eccezione però il caso in cui il delitto di uno dei coniugi sia stato commesso col consenso dell'altro (*supra*, n. 670).

Sic Pand. fr., Rép., v. *Divorce*, n. 2056.

Cfr. DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et separation de corps*, n. 400.

N. 3. DELLA PRESCRIZIONE.

672. *L'azione di divorzio si prescrive in trent'anni* (articolo 2262 cod. civ.) *anche quando sia fondata sopra un fatto delittuoso. Per vero, l'identità di prescrizione dell'azione pubblica e dell'azione civile, risultante da un delitto, non è stabilita se non riguardo all'azione civile che ha per oggetto il risarcimento del danno cagionato dal delitto. L'articolo 2253 del codice civile contempla soltanto le azioni esercibili dopo lo scioglimento del matrimonio ed è quindi inapplicabile all'azione di divorzio.* III, 215

Non possiamo associarci alla tesi svolta nel testo.

L'azione di divorzio, vale a dire il diritto di d mandare il divorzio, è sottratta al commercio e perciò imprescrittibile: non si può perdere per prescrizione il diritto di por fine allo stato matrimoniale, come non si può essere spogliati, mediante la prescrizione, del diritto di contrar matrimonio.

A sensi dell'articolo 2219, la prescrizione estintiva è un mezzo di liberarsi col decorso del tempo e ottemperando alle condizioni determinate dalla legge. Pel coniuge colpevole non può parlarsi di liberazione: infatti, il diritto di chiedere il divorzio non è un diritto spettante all'attore contro la persona del proprio coniuge, dal quale derivi a costui un'obbligazione personale da cui esso possa liberarsi.

Sic Pand. belges, v. *Divorce*, n. 536 e s.; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 389 e s. — Vedi LAURENT, v. XXXII, n. 221.

Cfr. *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 2045 e s.

Conforme al testo, quanto all'applicazione della prescrizione trentennale, AUBRY e RAU, v. V, § 492, p. 187, nota 23.

Conforme al testo, quanto all'inapplicabilità della prescrizione dell'azione pubblica, trib. Bruxelles, 16 febbraio 1887, *J. Trib.*, 1889, p. 694; — 20 giugno 1885, *Pasic.*, 1885, III, 340; DALL., *Rép.*, *Supp.* v. *Divorce*, n. 388.

Ammettono l'applicazione degli articoli 2262 e 2253: trib. Rambouillet, 3 agosto 1894, SIR. e *J. Pal.*, 1895, 2, 55, e la nota; D. P., 1895, 2, 295; — trib. Abbeville, 20 maggio 1884, SIR., 1885, 2, 168; *J. Pal.*, 1885, 1, 847; DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 390, nota 2; — HUC, v. II, n. 369.

N. 4. Della morte di uno dei coniugi.

673. In Francia, il nuovo articolo 244 dichiara espressamente che l'azione di divorzio si estingue colla morte di uno dei coniugi seguìta prima che la sentenza sia divenuta irrevocabile.

Esamineremo *infra*, n. 677, l'efficienza di questa disposizione.

N. 5. Della cosa giudicata.

674. Generalmente si colloca fra le eccezioni di inammissibilità dell'azione di divorzio l'autorità della cosa giudicata.

La soluzione della controversia se la presunzione legale stabilita dagli articoli 1350, 1351 sia applicabile alla materia del divorzio, dipende dai principî che governano l'autorità che la legge attribuisce alla cosa giudicata; l'esamineremo quindi a proposito del commento che il Laurent fa agli articoli 1350, 1351 (v. XX).

Qui ci limiteremo ad osservare che quando si parla dell'autorità della cosa giudicata in materia di divorzio, si intende, in generale, per causa della domanda, esclusivamente i fatti allegati in appoggio alla medesima; si ammette l'attore ad articolare, in una nuova istanza, fatti ch'egli conosceva fin dal tempo del primo giudizio, ma che allora aveva preferito di non allegare; taluno si spinge fino a dire, in questo caso, che l'attore può articolare nella nuova domanda fatti dichiarati inesistenti nel precedente giudizio.

Vedi Cass. Fr., 3 febbraio 1875, D. P., 1876, 1, 465; Sir., 1875, 1, 393; *J. Pal.*, 1875, 1009; — *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 398 e s.; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 393 e s.; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 2110 e s.; — Aubry e Rau, v. V, § 492, p. 187; — Huc, v. III, n. 371, e *supra*, n. 667.

N. 6. Precedente divorzio.

675. In Francia, il nuovo articolo 295 ha stabilito un'ulteriore fine di non ricevere: i coniugi i quali dopo un primo divorzio si sono riuniti, non possono più divorziare per qualsivoglia motivo ad eccezione della condanna a pena afflittiva

ed infamante, pronunziata contro uno di essi dopo la loro riconciliazione.

Vedi *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*. n. 2620.

§ IV. Dell'azione di divorzio.

N. 1. Chi può intentare l'azione.

676. *L'azione di divorzio può essere intentata dai coniugi e da nessun'altra persona, neppure dal tutore dell'interdetto. Riconoscendosi però all'interdetto la facoltà di contrarre matrimonio durante un lucido intervallo, bisogna altresì ammettere che, in simili circostanze, abbia anche il diritto di divorziare.* III, 216

I lavori preparatorî della legge francese 18 aprile 1886 attestano che gli autori della medesima vollero consacrare, riguardo alla persona giudizialmente interdetta, la soluzione accolta dal Laurent. In Francia, a termini del nuovo articolo 234, nel caso d'interdizione legale risultante da una condanna, la domanda di divorzio non può essere presentata dal tutore se non dietro richiesta o coll'autorizzazione dell'interdetto.

Sic, riguardo all'interdetto giudiziario, Cass. B., 11 novembre 1869, *Belg. jud.*, 1869, 1489; *Pasic.*, 1870, I, 3; D. P., 1870, 2, 1; — Arntz, v. I, n. 407; — *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 343 e s.; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 118; — Huc, v. III, n. 305. — Cfr. *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 1080 e s.

677. *L'azione non può essere continuata dagli eredi dell'attore, nè contro gli eredi del convenuto.* III, 217

In Francia, l'articolo 224, § 3, dichiara espressamente: « L'azione di divorzio si estingue colla morte di uno dei « coniugi seguìta prima che la sentenza sia divenuta irrevoca- « bile mediante la trascrizione sui registri dello stato civile ».

Sic Bordeaux, 17 gennaio 1873, D. P., 1874, 2, 207; *J. Pal.*, 1873, p. 1094; — *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 331 e s.; — Dall., *Rép. Supp.*, v. *Divorce*, n. 113; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 1009 e s.; — Huc, v. III, n. 309. — Vedi Laurent, v. III, n. 356.

N. 2. Della competenza.

III 218-219

678. *A conoscere dell'azione di divorzio è competente il tribunale del circondario in cui i coniugi sono domiciliati; se la domanda è fondata sull'articolo 310, la competenza si determina secondo il diritto comune.*

Il testo dell'articolo 234 del codice civile fu modificato, in Francia, colla legge 18 aprile 1886. Siccome tali questioni concernono la procedura, crediamo di non dovercene occupare.

III, 220

679. *Allorquando il fatto per cui si chiede il divorzio costituisce un crimine o un delitto in causa del quale sia iniziato procedimento penale, l'azione di divorzio rimane sospesa fino alla decisione del magistero repressivo. Se venga pronunziata un'assolutoria, questa non ha influenza sulla soluzione della domanda di divorzio* (art. 235 cod. civ.).

L'articolo 235 del codice civile venne abrogato in Francia colla legge 18 aprile 1886. Nondimeno, la regola da quello stabilita deve essere osservata tuttodì, siccome l'applicazione del principio generale della prevalenza della giurisdizione penale sulla civile (art. 3 cod. d'istruz. crim.). Inoltre la circostanza che l'assolutoria sia ininfluente sulla domanda di divorzio non implica necessariamente l'inesistenza dei fatti, quali vengono dedotti in appoggio alla domanda medesima.

Sic trib. Bruxelles, 20 giugno 1885, *Pasic.*, 1885, III, 340; — *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 570 e s.; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 152 e s.; — Huc, v. III, n. 313.

680. Il procedimento penale non spiega effetto sui provvedimenti interinali cui può dar luogo la domanda di divorzio: invero, le decisioni che li ordinano hanno soltanto un carattere provvisionale e non può da essi risultare quella contrarietà di giudicati, che la regola esposta al precedente numero ha lo scopo d'impedire.

Sic trib. Dinant, 4 febbraio 1882, *Pasic.*, 1882, III, 158. — Cfr. Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 154.

N. 3. Della procedura.

I. *Principii generali.*

681. *Le formalità della procedura di divorzio sono affatto speciali perchè il legislatore, che accettò il divorzio soltanto come una necessità, si studiò d'impedirlo, rallentando la carriera del giudizio a fine di permettere alle parti di riflettere e pentirsi.* III, 221

La procedura in materia di divorzio è soggetta ai principii generali del codice di procedura civile, per tutti quei casi in cui non vi sia stato derogato con disposizioni particolari.

In Francia, talune delle regole speciali stabilite dal codice civile riguardo all'istruzione delle cause di divorzio, vennero abrogate dall'articolo 1 della legge 18 aprile 1886. Il nuovo articolo 239 dispone: « La causa viene istruita e decisa secondo la forma ordinaria, udito il pubblico ministero ».

Conf. al testo: Bruxelles, 14 novembre 1888, *J. Trib.*, 1889, 1; — Cass. B., 23 maggio 1884, *Pasic.*, 1884, 1, 205; *Belg. jud.*, 1884, p. 913; *J. Trib.*, 1884, p. 888; D. P., 1885, 2, 97, e la nota; — 21 aprile 1881, *Pasic.*, 1889, I, 264; 1884, I, 206, e la nota; *Belg. jud.*, 1881, p. 1143.

682. *Le formalità stabilite dal codice civile, in quanto siano sostanziali, debbono essere osservate a pena di nullità.* III, 222

Sio trib. Gand, 21 marzo 1885, *J. Trib.*, 1885, 774; — Gand, 21 maggio 1884, *Pasic.*, 1884, II, 240.

683. *Se la domanda di divorzio è basata sull'articolo 310 del codice civile, si debbono seguire le formalità dal medesimo prescritte.* III, 223

In Francia, dispone l'articolo 310:
« Quando la separazione personale sia durata tre anni, la
« sentenza potrà essere convertita in sentenza di divorzio sovra
« domanda di uno dei coniugi ».

« Questa nuova domanda verrà proposta con citazione a com-
« parire entro otto giorni, in forza d'ordinanza resa dal presi-
« dente ».

« Essa sarà discussa in Camera di consiglio.

« L'ordinanza nominerà un giudice relatore, disporrà la co-
« municazione al pubblico ministero e fisserà il giorno per la
« comparazione.

« La sentenza verrà pronunziata in udienza pubblica » (Legge 27 luglio 1884).

« L'appello verrà discusso e deciso in Camera di consiglio,
« in seguito a relazione di uno dei consiglieri, udito il mi-
« nistero pubblico. La relazione verrà pronunziata in pubblica
« udienza » (Legge 18 aprile 1886).

Queste nuove disposizioni sollevarono numerose controversie, che ci dispensiamo dall'esaminare, concernendo esse la procedura.

684. Pel caso in cui la domanda di divorzio fosse fondata sovra una condanna infamante, l'articolo 261 del codice civile aveva prescritto una procedura estremamente sommaria.

Questa disposizione, tuttora vigente nel Belgio (v. *supra*, n. 640), venne abrogata in Francia colla legge 18 aprile 1886: da quell'epoca le azioni di divorzio, anche se basate sopra una condanna afflittiva od infamante, sono soggette alle regole ordinarie della procedura di divorzio.

Sic, su quest'ultimo punto, DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 158.

II a IV. *Provvedimenti preliminari. — La domanda giudiziale. — L'inchiesta.*

III. 224-241 **685**. In questi paragrafi, il Laurent esamina le regole stabilite dal codice civile rispetto alla procedura di divorzio. Tale materia è estranea al diritto civile e quindi l'illustre scrittore si limita a brevi cenni sommarî. Per l'istesso motivo, crediamo meglio astenerci affatto dall'esporre le diverse difficoltà che

vennero sollevate e la cui soluzione dipende spesso dai principii generali che governano la procedura civile.

Ci limiteremo a rammentare che le leggi francesi 18 aprile 1886 e 6 febbraio 1893 modificarono radicalmente la procedura stabilita dal codice civile e soppressero la maggior parte delle formalità che l'ingombrano. Esse hanno, con qualche cambiamento, conservato la presentazione della domanda al presidente del tribunale, i tentativi di concillazione da parte di questo magistrato e il permesso di citare; pel rimanente della procedura, la legislazione francese rinvia in massima alle regole ordinarie: « La causa, dice il nuovo articolo 239, viene istruita e decisa « nella forma ordinaria, udito il pubblico ministero ».

V. *Della sentenza.*

686. *Anche quando riconoscano la domanda fondata, i giudici non devono sempre pronunziare immediatamente il divorzio. Se l'azione è basata sopra eccessi, sevizie o ingiurie gravi, possono, prima di accogliere la domanda, ordinare ai coniugi un anno di esperimento, durante il quale la moglie dev' essere autorizzata a vivere separata dal marito. Scorso questo termine, se non ebbe luogo la riconciliazione, il divorzio dovrà essere pronunziato sopra citazione del convenuto da parte dell'attore* (art. 259-260).

III 242-243

La legge francese ha conservata, lievemente modificandola, la separazione provvisoria contemplata dall'articolo 259 del codice civile.

Secondo il nuovo articolo 246, la prova è ridotta a un massimo di sei mesi e può essere ordinata anche se il divorzio fu pronunciato per causa di adulterio: finalmente, quando il termine è spirato, ciascuna delle parti può citare l'altra per sentir pronunziare la sentenza di divorzio.

Sul carattere obbligatorio della pronunzia di divorzio al termine della prova, cfr. trib. Liegi, 1 maggio 1895, *Pand. pér. belges*, 1895, 1661.

687. La legge francese ha lasciata ai giudici la determinazione della durata della prova. Mentre, secondo il vecchio codice, deve essere sempre di un anno, a sensi del nuovo articolo 247 è in facoltà del tribunale di regolare a suo beneplacito il periodo della separazione provvisoria, purchè non ecceda sei mesi. La legge è categorica su questo pnnto.

Sic DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 443; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 2232.

688. In Francia, dopo la legge nuova, si controverte se il tribunale, quando abbia stabilito per la separazione un termine inferiore ai sei mesi, possa, sulla citazione di uno dei coniugi, rifiutarsi nuovamente a promuovere il divorzio e ordinare invece un nuovo esperimento pel tempo che rimane a compiere i sei mesi.

Convien ritenere la negativa.

Da un lato, il nuovo articolo 246 dichiara esplicitamente che, scorso il termine fissato dal tribunale, qualora non sia seguìta la riconciliazione, ciascuno dei coniugi può far citar l'altro per sentir pronunziare il divorzio; d'altro canto, l'articolo stesso non attribuisce al tribunale potestà d'ordinare, su questa citazione, un'ulteriore soprassessoria. Tale soluzione è confermata dalla esposizione dei motivi della legge, ove è detto che « l'aggiornamento non potrà essere pronunziato più d'una volta ».

Sic HUC, v. II, n. 378.
Contra: DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 448.

689. L'esecuzione della sentenza, con cui il tribunale decide doversi soprassedere alla pronunzia di divorzio, è soggetta ai principii generali che regolano l'esecuzione delle sentenze rese nel corso del giudizio di divorzio: alla stregua degli stessi principii, lo studio dei quali è affatto estraneo a un commentario del codice civile, va dunque risoluta la questione se, in mancanza d'appello, il termine decorra dalla data della sentenza o da quella della sua notificazione.

In quest' ultimo senso: Liegi, 3 marzo 1887, *Pasic.*, 1887, II, 275; *J. Trib.*, 1887, 447; D. P., 1888, 2, 308.

Contra: trib. Liegi, 12 maggio 1886, *J. Trib.*, 1886: è la sentenza riformata da quella citata più sopra e si trova riferita con essa *loc. cit.*

Cfr. *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 2235 e s.

690. L'esposizione dei motivi della legge francese 18 aprile 1886 fa risaltare che la facoltà di ordinare la dilazione appartiene solo al giudice di prima istanza e non al magistrato di appello. Non si deve concludere da ciò che la Corte d'appello non abbia l'istesso potere. Il citato rilievo non vuol significare se non questo: che quando il giudice di primo grado ha accordata la dilazione, il magistrato d'appello non può più ordinarne un'altra. Siffatta interpretazione risulta dal complesso dell'esposizione dei motivi ed è conforme ai principi generali secondo cui il giudice d'appello ha poteri eguali a quello di prima istanza.

Sic DALL., *Rép. Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 451; — HUC, v. II, n. 378.

Contra: Pand. fr., *Rép.*, v. *Divorce*, n. 2378.

691. Il nuovo articolo 246, come già il cessato articolo 259 cui corrisponde, malgrado i termini generali in cui è formulato, non è applicabile quando il divorzio sia domandato a sensi dell'articolo 310.

Per vero, in questo caso la procedura è regolata esclusivamente dalle disposizioni dell'articolo stesso (*supra*, n. 683); d'altronde non vi sarebbe alcuna ragione di concedere una soprassessoria, trovandosi i coniugi separati già da tre anni.

Sic DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 698; — trib. di Die, 12 agosto 1886, ivi riferito, nota 1; — HUC, v. II, n. 378.

692. *La sentenza definitiva è pronunziata in udienza pubblica; non è suscettiva di opposizione; può essere appellata entro tre mesi dalla notifica, sia essa stata resa in contraddittorio o in contumacia; l'appello ha effetto sospensivo.*

III 244-246

La legge francese ammette l'opposizione contro la sentenza contumaciale; inoltre, nel caso in cui la citazione non sia stata notificata personalmente e il convenuto si renda contumace, concede facoltà al tribunale, prima di decidere in merito, di ordinare l'inserzione sui giornali di un avviso destinato a rendere nota al convenuto l'azione intentata contro di lui; da ultimo, se la sentenza in contumacia non fu notificata alla persona, dichiara obbligatoria la pubblicazione sui giornali di un estratto della sentenza. La legge rinvia al codice di procedura civile quanto ai termini e distingue secondo che la sentenza sia contradditoria o contumaciale. Così dispongono gli articoli 247 e 248, § 1 e 2, concepiti come segue:

« Art. 247. Quando la citazione non sia stata consegnata personalmente al convenuto e questi rimanga contumace, il tribunale può, prima di emettere decisione in merito, ordinare l'inscrizione sui giornali d'un avviso destinato a far conoscere al convenuto stesso la domanda che lo concerne.

« La sentenza o il decreto che pronunzia il divorzio in contumacia vien notificato per mezzo di usciere a ciò delegato.

« Se questa notifica non fu fatta alla persona, il presidente ordina, dietro semplice istanza, la pubblicazione della sentenza per estratto nei giornali da lui designati. L'opposizione è ammessa entro un mese della notifica se fatta personalmente, e, in caso diverso, negli otto giorni dopo l'ultimo atto di pubblicità.

« Art. 248. L'appello contro la sentenza in contradditorio è ricevibile nei termini stabiliti dagli articoli 443 e seguenti del codice di procedura civile.

« Trattandosi di sentenza contumaciale, il termine non comincia a decorrere se non dal giorno in cui l'opposizione non è più ricevibile.

Vedi DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 466 e s.; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 2287 e s.

Decidono che non possa ordinarsi l'esecuzione provvisoria nonostante appello: Bruxelles, 28 luglio 1890, *Pasic.*, 1891, II, 27; — 11 luglio 1888, *Pasic.*, 1888, II, 393; — 16 luglio 1877, *Pasic.*, 1877, II, 330; — *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 841; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 492.

693. *In appello, la causa è istruita all'udienza come affare urgente e senza le formalità eccezionali richieste in primo grado.* III, 247

694. *Il coniuge contro il quale fu pronunziato il divorzio con sentenza resa in primo grado, può validamente farvi acquiescenza in modo espresso, perchè avrebbe potuto aderirvi tacitamente non interponendo appello: del pari, può validamente desistere dall'appellazione che era in sua facoltà di ommettere.* III, 248

La legge francese dispone espressamente: « Non si ammette acquiescenza alla sentenza o al decreto che pronunziano il divorzio » (art. 249 nuovo).

Gli argomenti addotti dal Laurent in appoggio alla sua tesi non hanno il valore ch'egli crede: perchè ciò avvenisse, bisognerebbe dimostrare che il legislatore, per decidere che l'appello non fosse più ricevibile scorsi tre mesi, abbia considerato che, dopo questo termine, dovesse il coniuge condannato reputarsi acquiescente alla pronunzia di divorzio. Nulla prova che tale sia stato il pensiero degli autori del codice civile: nei lavori preparatorî non vi è punto traccia di una simile presunzione. Può dunque senza incertezza affermarsi che tal presunzione non esiste e che venne prefisso un termine per l'appello, non già avuto riguardo alla probabile acquiescenza del condannato, ma unicamente perchè la legge, ad evitare che il corso del giudizio potesse essere indefinitamente ritardato, comminò una decadenza contro chi, nel termine da essa designato, non interpone appello. Non può dunque accogliersi interamente la tesi insegnata dal Laurent.

Converrà che esaminiamo successivamente le diverse ipotesi che possono presentarsi.

I. La sentenza ammette il divorzio. È valida l'acquiescenza del convenuto? Tale acquiescenza implica una convenzione con cui il convenuto dichiara di rinunziare al diritto che gli accorda la legge di produrre appello per ottenere la conservazione del matrimonio, una convenzione, cioè, avente per oggetto

questa conservazione. Ora, il matrimonio è cosa sottratta al commercio, e perciò il contratto *de quo* sarà nullo.

Sic Nancy, 24 aprile 1896, D. P., 1896, 2, 304; — Caen, 19 febbraio 1889, Sir., 1890, 2, 217 e la nota; *J. Pal.*, 1890, 1204; — *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 859.

Contra: Chambery, 19 luglio 1887, D. P., 1888, 2, 89, Sir., 1890, 2, 217; *J. Pal.*, 1890, 1204; — trib. Bruxelles, 30 luglio 1887, *J. Trib.*, 1887, 1230; *Pand. pér. belges*, 1888, 53.

II. La sentenza ammette il divorzio. Il convenuto ha interposto appello: potrà validamente desisterne? Egli era libero di non valersi del diritto di appellare; l'aver iniziato l'esercizio di questo diritto non lo vincola mica a proseguire il giudizio. Potrà dunque validamente rinunciare alla procedura già cominciata e la desistenza produrrà l'effetto di restituirlo nella condizione in cui si sarebbe trovato qualora non avesse usato del proprio diritto: potrà quindi appellare nuovamente se i termini non sono spirati.

Per ciò che concerne la validità della desistenza, non è a distinguere se i termini per l'appello siano o no scaduti. In entrambi i casi la rinuncia riflette, non già l'esistenza del diritto d'interporre appello, ma la procedura iniziata dall'appellante. È vero che se, al tempo della desistenza, il termine per l'appello è già spirato, il convenuto non potrà più rinnovare l'appellazione, di guisa che la sua desistenza produrrà l'effetto di far passare in giudicato la sentenza che ammette il divorzio. Ma simile risultato non è conseguenza diretta della desistenza, la quale ebbe per oggetto la procedura iniziata dall'appellante, e non il diritto del condannato d'impugnare la decisione. Questo diritto rimane integro ad onta della desistenza, che non la tocca; e se, dopo la medesima, esso vien meno, ciò accade in forza della legge che vieta d'interporre appello scorso un certo termine.

Sic Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 477; *Désistement*, n. 5.

Contra: Parigi, 4 novembre 1893, D. P., 1894, 2, 98; *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 863.

Cfr. Parigi, 27 novembre 1891, *Pand. pér. fr.*, 1892, 2, 309; — Rouen, 5 gennaio 1895, D. P., 1895, 2, 495.

III. La sentenza ha respinta la domanda di divorzio. Potrà l'attore farvi valida acquiescenza? Accettando la pronunzia che ne licenzia l'azione, l'attore rinuncia al diritto, concessogli dalla legge, di chiedere il divorzio alla Corte d'appello. Ora, il diritto di agire in divorzio è sottratto al commercio; perciò l'attore non può rinunziarvi, e quindi l'acquiescenza ch'egli faccia alla decisione che ne rigetta la domanda è colpita di nullità.

Questa regola peraltro non è vera se non in quanto l'acquiescenza implichi la rinuncia, da parte dell'attore, al diritto di agire ulteriormente in divorzio. Se, infatti, non implica che l'abbandono della procedura, sarà valida, poichè l'attore è sempre libero di non continuare nel procedimento iniziato. Si applica qui il ragionamento svolto rispetto all'ipotesi esaminata più sopra.

Cfr. trib. Verviers, 4 luglio 1894, *Pand. pér. belges*, 1895, 1631; — Bruxelles, 29 dicembre 1884, *Pasic.*, 1885, II, 75; *J. T.*, 1885, 381; *Belg. jud.*, 1885, 1340; — Nancy, 24 aprile 1896, D P., 1896, 2, 304; — Cass. F., 29 gennaio 1890, Sir. e *J. Pal.*, 1893, 1, 181.

IV. La sentenza fu contraria all'assunto dell'attore. Questi interpose appello; potrà desistere?

Per le ragioni svolte più sopra e che ne fecero ammettere le ricevibilità della desistenza del convenuto appellante, crediamo che la desistenza dell'attore sarà del pari valida e produrrà i medesimi effetti.

Cfr. Nancy, 17 gennaio 1891, Sir., 1891, 2, 112; *J. Pal.*, 1891. 684; — Cass. Fr., 29 gennaio 1890, Sir., e *J. Pal.*, 1893, 1, 181.

695. Può accadere che il convenuto contro il quale fu pronunziato il divorzio, interponga appello e rimanga poscia contumace nel giudizio relativo.

La Corte dovrà limitarsi a rigettare l'appello o esaminerà il merito?

La questione concerne la procedura. In Francia fu giudicato che la Corte può riformare la sentenza appellata, sulla considerazione che se l'appellante contumace si dovesse considerare

come acquiescente alla pronunzia, la sua acquiescenza in materia di divorzio sarebbe nulla.

Cass. Fr., 23 ottobre 1889, *Pand. pér. fr.*, 1889, 1, 563; Sir. 1890, 1, 61; *J. Pal.*, 1890, 134.

III, 249 **696**. *Nel Belgio, il ricorso per cassazione deve essere presentato entro tre mesi dalla sentenza e ha effetto sospensivo.*

La legge francese mantenne il carattere sospensivo del ricorso per cassazione; non dice che il termine sia di tre mesi e, per conseguenza, si riferisce su questo punto ai principî generali; dispone che il termine decorra dal giorno della notifica per le sentenze in contraddittorio e dal giorno in cui non è più ricevibile l'opposizione per quelle contumaciali (art. 248 nuovo).

Dai lavori preparatorî risulta infine che il legislatore francese volle ammettere, contro la sentenza che pronunzia il divorzio, il rimedio della *prise à partie*.

Sic Cass. Fr., 30 luglio 1894, *Pand. pér. fr.*, 1895, 1, 103; — 23 novembre 1891, *Pand. pér. fr.*, 1892, 1, 377; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 2416 e s., 2433; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 507 e s., 512; — Huc, v. II, n. 385. — Vedi D. P., 1886, 4, 30, nota 5.

697. In Francia, il nuovo articolo 248 dichiara espressamente che « il termine per ricorrere in cassazione decorre, quanto alle sentenze rese in contraddittorio, dalla notifica e, quanto a quelle contumaciali, dal giorno in cui non è più ricevibile l'opposizione ».

Nel Belgio, sotto l'impero del codice civile, è ammessibile il ricorso contro una sentenza in contumacia?

In forza dei principii generali, il ricorso contro una sentenza pronunziata in contumacia non è ricevibile se non dopo spirati i termini per l'opposizione.

L'articolo 263 del codice civile dice che « il termine per ricorrere in cassazione contro una sentenza resa in ultima istanza, sarà pure di tre mesi, *a far tempo dalla notifica* ». Ora, in caso di contumacia, se sia stato costituito procuratore, l'opposizione deve essere fatta entro otto giorni dalla notifica-

zione al procuratore (art. 157 cod. proc. civ.); se non sia stato costituito procuratore, l'opposizione è ricevibile fino all'esecuzione della sentenza. Può darsi che questa esecuzione non sia cominciata nei tre mesi dalla notifica; donde un conflitto fra il principio generale che vieta la ricevibilità del ricorso finchè è possibile l'opposizione, e l'articolo 263 del codice civile, ai cui sensi il ricorso non può più ammettersi dopo tre mesi dalla notifica.

Questa difficoltà, originata dalla circostanza che l'articolo 263 consente il ricorso contro una sentenza contumaciale, è di tal indole da far dubitare dell'esattezza di simile interpretazione.

L'articolo 265 ne conferma l'erroneità.

A sensi di detta disposizione, il termine di tre mesi, entro il quale il divorzio dev'essere pronunziato a pena di decadenza (*infra*, n. 698), non comincia a decorrere « riguardo alle sentenze contumaciali in grado d'appello se non dopo spirato il termine per l'opposizione ». Adunque, due mesi dopo il decorrimento di questo termine, la decadenza è incorsa. Non vi è quindi più tempo pel ricorso in cassazione; perciò l'articolo non fa decorrere il termine di due mesi dallo scadere di quello pel ricorso in cassazione se non quando si tratti di sentenza in contraddittorio.

Si ammette generalmente essere ricevibile il ricorso in cassazione contro la sentenza contumaciale, e si decide allora che il termine di due mesi decorre dalla scadenza del termine per provvedersi presso la Corte suprema. Questa soluzione, che è forza accogliere quando si ritenga la ricevibilità del ricorso, viola evidentemente la lettera degli articoli 265 e 263. Ecco perchè non possiamo accettarla.

Contra: trib. Bruxelles, 15 dicembre 1888, *Pasic.*, 1889, III, 70.

698. *Allorchè la sentenza fu pronunziata in ultimo grado o passò in giudicato, il coniuge che ottenne il divorzio è obbligato, sotto pena di decadere dal beneficio della medesima, a citare entro due mesi l'altro coniuge dinnanzi all'ufficiale dello stato civile per far pronunziare il divorzio* (art. 264 a 266). *In caso di decadenza, l'azione non può essere rinnovata se*

III, 250-251

non per cause nuove, posteriori al decorrimento dei termini dei due mesi. Il convenuto non può far pronunziare il divorzio.

L'atto di divorzio è un atto dello stato civile che dev'essere ricevuto nelle forme ordinarie.

Se uno dei coniugi è commerciante, la sentenza e l'atto di divorzio debbono essere resi pubblici.

La legge francese ha conservata la regola che la sentenza ordinante il divorzio dev'essere eseguita entro due mesi. Essa mutò peraltro la formalità dell'esecuzione e alla pronunzia del divorzio per parte dell'ufficiale dello stato civile sostituì la trascrizione del deposito della sentenza o del decreto sui registri dello stato civile, formalità i cui effetti sono identici a quelli della pronunzia di divorzio (v. il numero seguente). La legge francese accordò al convenuto il diritto, in caso d'inazione dell'attore, di far eseguire la sentenza; stabilì, infine, un sistema di pubblicità anche pel caso in cui nessuno dei coniugi sia commerciante. Così dispongono i nuovi articoli 250, 251 e 252:

Art. 250. « Un estratto della sentenza o del decreto che pronuncia il divorzio deve essere inscritto negli albi affissi così negli auditorî dei tribunali civili e di commercio, come nelle camere dei procuratori e dei notai.

« Identico estratto è inserito in uno dei giornali che si pubblicano nel luogo in cui ha sede il tribunale, o, in mancanza, in altro di quelli pubblicati nel dipartimento ».

Art. 251. « Il dispositivo della sentenza o del decreto deve essere trascritto sui registri dello stato civile del luogo in cui venne celebrato il matrimonio.

« Della sentenza o del decreto si farà menzione in margine all'atto di matrimonio, conformemente all'articolo 49 del codice civile. Se il matrimonio fu celebrato all'estero, la trascrizione deve essere fatta sui registri dello stato civile del luogo in cui i coniugi avevano l'ultimo domicilio, e se l'atto fu trascritto in Francia, se ne farà menzione in margine all'atto di matrimonio ».

Art. 252. « La trascrizione è fatta a diligenza della parte che ottenne il divorzio; a tal uopo, la decisione deve essere notificata, entro due mesi dal giorno in cui divenne definitiva,

al competente ufficiale dello stato civile, per essere trascritta sui registri. A questa notifica vanno uniti i certificati indicati nell'articolo 548 del codice di procedura civile, e inoltre, se fu emesso un decreto, un certificato che non venne interposto ricorso.

« La trascrizione è fatta a cura dell'ufficiale dello stato civile, nel quinto giorno dalla richiesta, esclusi i festivi, sotto le penalità stabilite dall'articolo 50 del codice civile.

« In mancanza di notifica, entro un mese, da parte di chi ottenne il divorzio, il convenuto potrà, concorrentemente coll'attore, effettuare la notifica stessa nel mese successivo.

« Se nessuna delle parti ha richiesto la trascrizione nel termine di due mesi, il divorzio si considererà come nullo e non avvenuto.

« La sentenza debitamente trascritta ha effetto retroattivo, fra i coniugi, al giorno della domanda ».

699. Sotto l'impero del codice civile, il matrimonio sussiste, nonostante la sentenza che ammette il divorzio, e non è risolto se non al momento in cui l'ufficiale dello stato civile ne fa la pronuncia (*infra*, LAURENT, vol. III, n. 288).

Accade lo stesso in Francia, e si dovrà applicare anche qui, alla formalità della trascrizione, quanto dicemmo della pronuncia del divorzio da parte dell'ufficiale dello stato civile?

La questione formò oggetto di vive controversie.

I nuovi articoli 246 e seguenti stabiliscono che il tribunale pronuncia il divorzio. L'articolo 252, § 5, dichiara che la sentenza debitamente trascritta, produce, fra i coniugi, effetto retroattivo al giorno della domanda. Nella discussione che ebbe luogo in Senato riguardo all'utilità della sostituzione della formalità della trascrizione alla pronunzia del divorzio per parte dell'ufficiale dello stato civile, l'Allou, presidente della commissione, diceva: « I giudici hanno emanata una sentenza: ecco fissata la situazione.... E questa decisione sarà una semplice declaratoria che avrà bisogno, per essere completata, dell'intervento del magistrato amministrativo? È impossibile. Che occorre fare? Ciò che accade per le materie analoghe, nelle questioni di stato, in quelle di nullità di matrimonio. Sembra che

quest'ultimo abbia qualche analogia col divorzio. Quando fu pronunziata una sentenza di nullità del matrimonio, se ne fa menzione in margine all'atto nuziale ». (Seduta del 12 dicembre 1885).

Da tali elementi si concluse che la data dello scioglimento del matrimonio è quella della sentenza che pronuncia il divorzio. Siccome, d'altra parte, il nuovo articolo 252, § 4, dispone che quando le parti non abbiano richiesta la trascrizione entro il termine di due mesi il divorzio si considera nullo e non avvenuto, fu detto che, fino al momento della trascrizione, la condizione delle parti rimane in sospeso e che la trascrizione ha l'effetto di rendere definitivo, dalla data della sentenza, lo scioglimento del matrimonio, rimasto eventuale fino al compiersi di questa formalità.

Una simile conseguenza del sistema avrebbe dovuto essere sufficiente a far convinti del loro errore i partigiani di questa tesi. Non è possibile ammettere, in mancanza d'un testo assolutamente imperativo, che il legislatore abbia voluto creare una situazione così piena di pericoli: due coniugi i quali possono, a loro beneplacito, far sì che durante un certo periodo di tempo si debbano reputare coniugati o no.

Non solo nessuna disposizione di legge giustifica questa soluzione, ma i lavori preparatorii dimostrano che il legislatore intese consacrare il sistema del codice civile, far decorrere lo scioglimento del matrimonio dalla trascrizione, e che l'innovazione da lui accolta implica unicamente la sostituzione di una formalità ad un'altra.

Su questo punto l'esposizione dei motivi delle legge è esplicita: « Secondo il sistema del codice, il divorzio non risulta « dalla decisione giudiziale che lo accorda. Occorre inoltre la « pronunzia solenne da parte dell'ufficiale dello stato civile....; a « questo sistema.... il progetto sostituisce una disposizione che « esige soltanto la trascrizione della sentenza.... Si modifica la « natura della formalità, ma ne permangono gli effetti ».

Invano si tenta di opporre a così recisa dichiarazione le parole dell'Allou, riprodotte più sopra. Esse sono evidentemente conseguenza di un equivoco. È erroneo il dire che la situazione viene stabilita dalla sentenza, perchè in difetto di trascrizione, la sentenza cade; è erroneo il ritenere che vi sia analogia fra

la sentenza che pronuncia il divorzio e quella che annulla un matrimonio: la prima crea una nuova posizione di fatto e le parti sono libere di eseguirla o no; la seconda riconosce l'esistenza d'una nullità anteriore e una volta pronunciata e passata in forza di cosa giudicata, le parti non possono più farla modificare. La verità è che l'Allou, come risulta dalla discussione, non considerava la quistione di cui ci occupiamo; la sua attenzione non era specialmente attratta su di essa e quindi il discorso ch'egli fa non può avere influenza.

È vero che l'articolo 252, § 5, stabilisce che la sentenza, debitamente trascritta, produce, fra i coniugi, effetto retroattivo al giorno della domanda; ma questa disposizione, come vedremo più innanzi, concerne unicamente gli interessi pecuniari degli sposi (V. *infra*, n. 760).

Da ultimo, se la legge dice che il tribunale pronuncia il divorzio, il significato di questa locuzione è solo che il tribunale dichiara essere caso di divorzio; nulla dimostra che sia stata usata per determinare il momento dello scioglimento del matrimonio.

A sostegno della nostra tesi può ancora invocarsi l'art. 244, § 3, giusta il quale l'azione di divorzio si estingue colla morte di uno dei coniugi, verificatasi prima che la sentenza sia divenuta irrevocabile per effetto della trascrizione sul registro dello stato civile. Se il legislatore avesse ritenuto che la sentenza di divorzio scioglie il matrimonio, non avrebbe dichiarato che l'azione rimane estinta colla morte di uno dei coniugi, posteriore alla medesima, ed avrebbe autorizzato gli eredi, o quanto meno il coniuge superstite, a provvedere alla trascrizione.

Sic Limoges, 21 marzo 1895, SIR. e *J. Pal.*, 1895, 2, 297; — Cass. Fr., 18 aprile 1893, SIR. e *J. Pal.*, 1894, 1, 5, e la nota; D. P., 1894, 1, 67, e la relazione del consigliero Denis; — HUC, v. II, n. 393 e s.; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 2553 e s.; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 540. — Vedi in nota talune delle sentenze citate e nella relazione del Denis le numerose autorità in diverso senso.

700. Le parti hanno regolarmente richiesto l'ufficiale dello stato civile perchè procedesse alla trascrizione: costui non lo ha fatto nel quinto giorno della richiesta. Le parti non deca-

dono dal loro diritto (*infra*, n. 707). Peraltro, l'ufficiale dello stato civile non può egli medesimo rettificare il suo errore; l'omissione in cui incorse concerne i registri dello stato civile, e i soli tribunali hanno facoltà di ordinare l'inserzione di atti oltre i termini di legge. (Parere del Consiglio di Stato degli 8-12 brumaio, anno XI).

Sic Amiens, 20 aprile 1890, D. P., 1892, 2, 214; Sir. e *J. Pal.*, 1892, 2, 153; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 536; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 2519.

701. Il codice civile non dice quale sia l'ufficiale dello stato civile competente a pronunziare il divorzio: donde una grave controversia.

Dal momento che la legge non decise la difficoltà, non può l'interprete sostituirsi ad essa e stabilire una regola di competenza esclusiva, laddove il legislatore reputò inutile farlo: è dunque forza ammettere che qualsiasi ufficiale dello stato civile abbia competenza a pronunciare il divorzio, precisamente come qualsivoglia ufficiale dello stato civile è competente a redigere un atto di ricognizione.

Si dice: il matrimonio è celebrato dall'ufficiale dello stato civile, il divorzio viene pronunciato dal medesimo funzionario; dunque il legislatore volle equiparare all'atto che forma il matrimonio, quello che lo scioglie. Ora, il primo dev'essere fatto nel luogo ove ha domicilio uno dei futuri coniugi; per conseguenza lo stesso accadrà del secondo, e poichè la moglie è legalmente domiciliata presso il marito, l'unico ufficiale dello stato civile competente sarà quello del domicilio del marito al momento in cui il divorzio dev'essere pronunciato. Così accadeva, del resto, sotto l'impero del decreto 20-25 settembre 1792 relativo al divorzio e nulla ci prova che gli autori del codice abbiano voluto innovare su questo punto.

Ma tale argomento è inammissibile.

Non può farsi alcun confronto fra l'atto di matrimonio e l'atto di divorzio. Il primo dev'essere rogato nel luogo del domicilio di una delle parti, vale a dire nel luogo in cui è conosciuta una almeno di esse, per garantire quanto possibile la pubblicità del matrimonio e permettere che gli aventi diritto vi possano

far opposizione. Evidentemente un tal motivo non sussiste riguardo all'atto di divorzio, che è l'esecuzione di una sentenza, la quale pone termine ad una lunga procedura.

Rispetto alla legge 20-25 settembre 1792, il procedimento di divorzio dalla medesima organizzato era ben diverso da quello stabilito dal codice civile: non se ne può dunque trarre argomento di sorta, salvo che gli autori del codice, e ciò non accade, non vi si fossero espressamente riferiti nei lavori preparatori.

D'altro lato, si è sostenuto del pari che l'unico ufficiale competente è quello del domicilio del marito al momento in cui fu iniziato il giudizio. A sostegno di questa opinione si può addurre che il domicilio del marito, al sorgere dell'istanza, determina il tribunale chiamato a conoscere della causa di divorzio e che, conseguentemente, detto domicilio deve stabilire anche la competenza dell'ufficiale dello stato civile cui spetta di compiere l'atto che pone termine alla procedura. Si aggiunge, da ultimo, che la moglie la quale ottenne o deve far pronunziare il divorzio, può ignorare dove sia il nuovo domicilio acquistato dal marito nel corso del giudizio.

Queste ragioni possono far ritenere opportuno che sia inclusa nella legge una disposizione la quale attribuisca la competenza esclusiva all'ufficiale dello stato civile del domicilio che avevano i coniugi all'inizio del procedimento; ma nel silenzio della legge, non bastano per stabilire una simile competenza.

Decidono che l'ufficiale dello stato civile competente a pronunciare il divorzio è quello del domicilio, reale e noto, del marito al momento in cui il divorzio dev'essere pronunziato: trib. Bruxelles, 8 dicembre 1888, *Pasic.*, 1889, III, 79; *J. Trib.*, 1889, 70; — trib. Liegi, 10 gennaio 1885, *Pasic.*, 1885, III, 54; Cl. e Bonj., v. XXXIII, 310.

Decidono invece essere competente l'ufficiale dello stato civile del luogo in cui il marito si trovava inscritto il giorno dell'inizio dell'azione di divorzio: trib. Bruxelles, 10 ottobre 1885, *Pasic.*, 1886, III, 45; — *Pand. belges*, v. *Acte de divorce*, n. 5 e s., e *Divorce*, n. 1189.

Cfr. trib. Bruxelles, 7 aprile 1894, *Pasic.*, 1894, III, 163; — 8 novembre 1882, *Pasic.*, 1882, III, 361; — 26 agosto 1882, *Pasic.*, 1882, III, 293; *Belg. jud.* 1882, 1175, — Bruxelles, 28 dicembre 1874, *Belg. jud.*, 1875, 153; *Pasic.*, 1875, II, 177; — trib. Seine, 19 novembre 1884, Sir., 1885, 2, 21; *J. Pal.*,

1885, 1, 221: — 21 novembre 1884, SIR., 1885, 2, 21; *J. Pal.*, 1885, 1, 221, e la nota.

702. La legge francese (art. 251 nuovo) stabilisce che quando il matrimonio fu celebrato all'estero, la trascrizione dev'essere fatta sui registri dello stato civile del luogo in cui i coniugi avevano l'ultimo domicilio.

Se, al momento in cui l'azione viene intentata, i coniugi erano già personalmente separati e quindi avevano domicilii diversi, sembra che la trascrizione dovrà farsi sui registri dello stato civile del domicilio di ciascuno di loro.

Sic Pand. fr., *Rép.*, v. *Divorce*, n. 2457.
Cfr. DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 525.

703. In forza della legge francese, la trascrizione del dispositivo della sentenza è fatta dall'ufficiale dello stato civile in seguito a notificazione a lui diretta, accompagnata dalla richiesta di trascrivere (art. 252).

Nel primo mese dal giorno in cui la sentenza è divenuta definitiva, la notifica non può essere fatta se non dalla parte che ottenne il divorzio; nel mese successivo, anche l'altra parte ha lo stesso diritto. In entrambi i casi, la legge vuole che la notifica sia fatta a richiesta personale della parte; se questa si fa sostituire da un mandatario, occorre che il medesimo abbia procura speciale all'uopo. Il procuratore nel giudizio di divorzio non ha quindi, per ciò solo, facoltà di fare la richiesta.

Tuttavia la legge dice unicamente che la formalità è adempiuta a diligenza dalla parte che notifica a tale scopo la decisione, unendo alla notifica i certificati enunciati dall'art. 548 del codice di procedura civile e inoltre, se fu emesso un decreto, il certificato che non fu opposto reclamo. La legge non fece della richiesta un atto solenne per la cui validità siano necessarie determinate condizioni, in difetto delle quali l'atto sarebbe nullo, come pure la susseguente trascrizione. Per conseguenza, voltachè l'ufficiale dello stato civile abbia effettuato la trascrizione constatando di agire a richiesta della parte, questa constatazione fa piena fede. Per ottenere l'annullamento dell'atto di trascrizione, non basterà stabilire che il manda-

tario, a richiesta di cui operò l'ufficiale dello stato civile, non ha prodotto, come avrebbe dovuto, una procura speciale; ma occorrerà inoltre dimostrare che non aveva mandato, o che la parte non voleva che la trascrizione avesse luogo.

Sic Cass. Fr., 15 maggio 1895, D. P., 1895, 1, 281, e sopratutto la relazione del consigliere Denis che precede la sentenza. Sir. et *J. Pal.*, 1896, 1, 17; *Pand. pér. fr.*, 1896, I, 361: — Besançon, 5 dicembre 1894, D. P., 1895, 1, 281; Sir. e *J. Pal.*, riferiti in nota alla sentenza di cassazione succitata.

Contra: Nancy, 14 gennaio 1888, *Pand. pér. fr.*, 1888, II, 21; D. P., 1893, 5, 213; Sir., 1888, 2, 53; *J. Pal.*, 1888, 329: — Huc, v. II. n. 390.

Cfr. Pand. fr., *Rép.*, v. *Divorce*, n. 2444 e s.

704. Il § 1 del nuovo articolo 250 ordina che l'estratto del decreto o della sentenza che pronunzia il divorzio sia inserito negli atti esposti tanto nell'auditorio dei tribunali civili e di commercio, quanto nelle camere dei procuratori e dei notai.

Questa disposizione non specifica di qual tribunale intenda parlare: donde si è concluso doversi applicare per analogia l'articolo 872 del codice di procedura civile e fare l'affissione nel tribunale del domicilio del marito.

Ma è un errore.

Secondo il § 2 dell'articolo 250, l'inserzione dell'estratto della sentenza dev'essere fatta in uno dei giornali che si pubblicano nel luogo ove il tribunale ha sede; lo che significa evidentemente nel luogo in cui ha sede il tribunale che ha pronunziato il divorzio. Ora, il tribunale di cui è quistione nel § 2 dell'articolo 250, è precisamente quello contemplato nel § 1. L'affissione, prescritta da questo, deve dunque essere fatta nell'auditorio del tribunale che pronuncierà il divorzio.

Contra: Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 517: — *Pand. fr.*, *Rép.*, *Divorce*, n. 2295.

705. Il nuovo articolo 250 non dice quando debba pubblicarsi l'estratto del provvedimento che accorda il divorzio, nè quanto tempo debba durare l'affissione.

La pubblicazione è ordinata in contemplazione del momento in cui i coniugi saranno divorziati; dovrà quindi essere fatta, al più tardi, nel giorno in cui, effettuatasi la trascrizione del

dispositivo, il matrimonio è disciolto: ciò risulta dalle dichiarazioni fatte su questa disposizione in Senato dal relatore Labiche.

Rispetto alla durata dell'affissione, sembra che si debba applicare per analogia l'articolo 872 del codice di procedura civile.

Sic DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 515 e 519; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*. n. 2295 e s. — V. le dichiarazioni di Labiche, D. P., 1886, 4, 30, note 6: SIR., *Lois annotées*, X serie, p. 56, nota 32.

706. Il nuovo articolo 250 non dice quali siano le conseguenze della violazione dei suoi precetti. Evvi una doppia sanzione: l' ufficiale dello stato civile potrà ricusare di compiere la trascrizione; i terzi lesi potranno chiedere il risarcimento dei danni.

L'ufficiale dello stato civile potrà ricusare la trascrizione.

La pubblicazione ordinata dall'articolo 250 deve essere fatta prima dello scioglimento del matrimonio, e quindi prima della trascrizione del dispositivo del provvedimento sui registri dello stato civile. Questa trascrizione è operata dall' ufficiale dello stato civile, che non può procedere se non quando siano adempiute tutte le formalità da cui la legge volle fosse preceduta. Occorre pertanto ch' egli si faccia presentare i documenti necessari a comprovare che ebbero luogo le pubblicazioni prescritte dalla legge: in mancanza di ciò, deve rifiutarsi di trascrivere. Invano si obbietterà che il nuovo articolo 252 si limita a stabilire doversi unire alla notifica i certificati indicati nell' articolo 548 del codice di procedura civile e inoltre, ove del caso. la dichiarazione che non fu opposto reclamo. Nulla infatti indica che questa disposizione non sia puramente enunciativa ed abbia per iscopo di vietare all'ufficiale dello stato civile di pretendere qualsiasi altro documento indispensabile per accertare se sono state soddisfatte tutte le formalità di legge.

La pubblicazione è ordinata nell' interesse dei terzi. Se non fu eseguita e se i terzi, ritenendo uno dei coniugi ancora vincolato dal matrimonio, contrattarono con esso, potranno accampare la mancanza di pubblicità per non sopportare il danno che

procurò loro l'errore in cui versarono (Cfr. art. 66 del codice civile, 872 e 888 del codice di procedura civile).

Su quest'ultimo punto, DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 523; — HUC, v. II, n. 388. — Confr. *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 2298 e s.

707. Come ricorda il Laurent (*supra*, n. 698), nel Belgio l'attore non decade dal suo diritto se non quando sia rimasto inattivo per due mesi; se invece ha citato il convenuto dinnanzi all'ufficiale dello stato civile e questi non ha pronunciato il divorzio nel termine, ad esempio per dar corso ad un' opposizione, non è più a parlare di decadenza.

In Francia del pari, basta che la notificazione sia stata fatta regolarmente nel termine legale, perchè la sentenza che pronuncia il divorzio rimanga esecutiva, anche se non ebbe luogo la trascrizione.

Sic Angers, 23 giugno 1893, SIR. e *J. Pal.*, 1893, 2, 164; D. P., 1894, 2, 76; — Riom, 7 agosto 1889, D. P., 1891. 1, 277; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 2520 e s.; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 536; — HUC, v. II, n. 390, V. *infra*, n. 708, 709, 710.

708. Contrariamente a quanto sembra ritenere il Laurent (n. 250), la decadenza non è basata solo sovra una presunta riconciliazione fra i coniugi, presunzione che si dedurrebbe dall'inazione dell'attore; ma trova pure motivo nell'interesse dell'ordine pubblico, il quale vieta che per certo tempo l'uno dei coniugi abbia facoltà d'infrangere a suo piacimento il vincolo matrimoniale. « Allorchè tutte le prove sono assunte e fu pronunziata la sentenza, non conviene accelerare di troppo il momento che deve por fine per sempre a una questione di siffatta natura ». (Esposizione dei motivi fatta dal Treilhard al Corpo legislativo nella seduta del 30 ventoso anno XI). « Ai coniugi soltanto può essere lasciato il compito di richiedere la trascrizione, e, d'altro canto, non è opportuno che questo diritto rimanga esercibile per un tempo indeterminato..., un'unione prolungata in tal giusa avrebbe il carattere d'un matrimonio con facoltà di repudio arbitrario ». (Esposizione dei motivi della legge francese del 18 aprile 1886).

Da questo carattere della decadenza risulta che il termine stabilito dalla legge è perentorio e che le parti non possono

rimediare agli effetti dell'incorsa decadenza, pretestando di non aver inteso accomodarsi fra loro.

L'unica eccezione ammissibile è il caso di forza maggiore, come una guerra, un'inondazione; ma non la semplice negligenza degli interessati o la cattiva volontà delle persone in rapporto con loro.

Sic Caen, 29 giugno 1896, D. P., 1897, 2, 326; — conclusioni dell'avvocato generale Manuel che precede la sentenza di Parigi, 30 marzo 1888, D. P., 1890, 2, 171, SIR., 1888, 2, 198, et *J. Pal.*, 1888, 1003; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 2503; — HUC, v. II, n. 391; — nota alla sentenza d'Aix, 23 gennaio 1895, SIR. et *J. Pal.*, 1895, 2, 217.

Contra: Cass. 5 agosto 1896, SIR. e *J. Pal.*, 1897, 1, 129; D. P., 1897, 1, 402; — Aix, 23 gennaio 1895, SIR. e *J. Pal.*, 1895, 2, 217; — Parigi, 30 maggio 1888, D. P., 1890, 2, 17; SIR., 1888, 2, 192; *J. Pal.*, 1888, 1003. — La giurisprudenza francese decide generalmente che anche quando non sia stata presentata dai coniugi, nel termine legale, la richiesta di trascrizione, non si deve pronunziare la decadenza stabilita dalla legge, se le parti non sono colpevoli di negligenza o di omissione, e il difetto di trascrizione entro i due mesi non è ad essi imputabile (*Pand. fr.*, v. *Divorce*, n. 2504 e s.)

709. La sentenza che ordina il divorzio venne, in Francia, notificata a un ufficiale dello stato civile incompetente: vi sarà decadenza se l'errore non è corretto nel termine legale?

La legge è esplicita: da una parte stabilisce che « la decisione va notificata al competente ufficiale dello stato civile »; dall'altra che, qualora le parti non abbiano richiesta la trascrizione nel termine di due mesi, il divorzio si considera come nullo e non avvenuto (art. 252). Da queste disposizioni risulta evidente che la richiesta fatta agli ufficiali dello stato civile incompetenti è priva di ogni valore.

Non accogliendosi tale soluzione, si cade fatalmente nell'arbitrio. Il termine di legge è decorso: entro quale si farà la nuova notificazione? Non appena, si dirà, che l'errore venne riconosciuto. Manca una norma che obblighi a ciò; si potrebbe pertanto con uguale fondatezza sostenere che debba esser lasciato alle parti un nuovo termine di due mesi, e partire dalla scoperta dell'errore. Non vi sarebbe dunque più una regola fissa; l'arbitrio del tribunale si sostituirebbe alla precisa disposizione del legislatore.

Sic HUC, v. II, n. 391; — le conclusioni dell' avvocato generale Manuel che precedono la sentenza di Parigi, 30 maggio 1888, D. P., 1890, 2, 17; SIR., 1888, 2, 198; *J. Pal.*, 1888, 1003.

Contra: trib. Senna, 8 marzo 1887 e 7 maggio 1888, 2, 197; *J.* SIR., 1888, *Pal.*, 1888, 1003; — confr. il numero precedente.

710. La trascrizione fu richiesta regolarmente, ma l' ufficiale dello stato civile non vi fece luogo. Prima che l' errore venga rettificato, uno dei coniugi muore: la sentenza che pronuncia il divorzio sarà a reputarsi nulla?

La questione è assai grave.

Il § 4 dell' articolo 252 non dichiara nulla la sentenza che ordina il divorzio se non quando le parti abbiano trascurato di richiedere la trascrizione nel termine di due mesi: ora, nella nostra ipotesi, la richiesta fu fatta, e quindi la disposizione non è applicabile.

D' altro canto, secondo il § 3 dell'articolo 244, l'azione di divorzio si estingue colla morte di uno dei coniugi seguìta prima che la sentenza sia divenuta irrevocabile mediante la trascrizione sui registri dello stato civile, e queste ultime parole richiamarono specialmente l' attenzione del legislatore. Il testo primitivo diceva: « innanzi che il provvedimento sia divenuto irrevocabile ». In seguito all' osservazione del De Gavardie, che potrebbero sorgere difficoltà per determinare in qual momento il divorzio sarebbe divenuto irrevocabile, fu aggiunta la frase « mediante la trascrizione sui registri dello stato civile » (Senato, seduta del 22 dicembre 1885). Ora, nella nostra ipotesi, la morte avvenne prima della trascrizione. Si dovrà concludere da ciò che l'azione di divorzio è estinta e che, conseguentemente, la sentenza è posta nel nulla? A sostegno di questa soluzione si può ancor rilevare che gli effetti della formalità della trascrizione furono dichiarati identici a quelli della pronuncia del divorzio per parte dell' ufficiale dello stato civile e che tale pronuncia non può certamente avere luogo se uno dei coniugi si è reso defunto.

La difficoltà va risoluta tenendo conto delle diverse situazioni che possono presentarsi.

La richiesta ebbe luogo: l' ufficiale dello stato civile lasciò passare il quinto giorno senza fare la trascrizione, sebbene non

gli fosse stata notificata nessuna opposizione; non può invocare alcun motivo che giustifichi la sua condotta. Legalmente, la trascrizione avrebbe dovuto farsi, perchè era la conseguenza della richiesta regolarmente notificata: si può dunque dire che essa abbia una realtà legale, se non materiale. Perciò qualunque interessato potrà rivolgersi al magistrato per far rettificare i registri dello stato civile, per far decidere che, nel quinto giorno della richiesta, la trascrizione avrebbe dovuto essere compiuta, per far corrispondere la realtà materiale alla realtà legale. L'ordine pubblico, interessato a che i registri dello stato civile non rimangano incompleti, esige che questa rettifica abbia luogo e il ministero potrà domandarla. Ma se così è, non vi ha dubbio che la morte di uno dei coniugi, dopo il quinto giorno dalla richiesta, non può spiegare influenza di sorta. Infatti, la trascrizione esiste legalmente; la sentenza di rettifica, che la ordina, non le attribuisce esistenza legale, ma al contrario, decide che essa ha esistito fino dal quinto giorno dopo la richiesta, che avrebbe dovuto essere effettuata allora, e che non lo fu in causa d'una omissione (*supra*, n. 700). In questa ipotesi bisogna dire, non già che la trascrizione non sussiste, ma che i registri dello stato civile contengono una omissione, analoga a quella che si verifica quando non fu iscritto un atto di nascita o di matrimonio, e che può essere rettificata nello stesso modo (cfr. *supra*, n. 257).

A torto si obbietterebbe che gli effetti della pronuncia di divorzio sono identici a quelli della trascrizione, che la prima di queste formalità è impossibile in caso di decesso di uno dei coniugi e che, per conseguenza, deve accadere lo stesso della seconda.

Entrambe le formalità hanno senza dubbio effetti uguali, ma sono di natura diversa, e questo divario di essenza influisce necessariamente sulle situazioni che possono derivarne. L'ipotesi che stiamo contemplando, l'omissione senza motivo della trascrizione legalmente richiesta, non può verificarsi per la pronuncia del divorzio: l'ufficiale dello stato civile non ometterà per negligenza di pronunciare il divorzio; inoltre, l'attore, che deve esser presente, rimedierà subito agli effetti di questa negligenza. L'ipotesi da noi preveduta non potrebbe, relativamente

alla pronuncia del divorzio, verificarsi se non quando l'ufficiale dello stato civile con animo deliberato, ricusasse senza motivo di esercitare le proprie funzioni; in tal caso, da un lato l'attore in divorzio sarebbe ancora in grado d'impedire le conseguenze di questo malvolere; dall'altro avremmo una situazione antigiuridica, rivoluzionaria, può dirsi, poichè suppone un funzionario che rifiuta di eseguire la legge: non si può trarre certamente da ciò alcun argomento per la soluzione di un problema giuridico.

Può presentarsi un'ipotesi diversa da quella che abbiamo esaminata. La richiesta ebbe luogo nel termine legale: prima che sia spirato il quinto giorno dalla medesima e prima che l'ufficiale proceda alla trascrizione, gli vien notificata un'opposizione di fronte alla quale egli deve legalmente arrestarsi; innanzi che le parti abbiano fatto statuire sul merito dell' opposizione, uno dei coniugi muore: può la procedura essere continuata e operarsi la trascrizione?

No, perchè non essendo divenuta irrevocabile la sentenza di divorzio, legalmente la trascrizione non doveva essere fatta. Prima di procedervi, bisognava che l'opposizione fosse dichiarata priva di fondamento; ora, l'azione di divorzio era estinta dal giorno della morte. La situazione è identica a quella creata dall'ufficiale dello stato civile che ricusa di pronunciare il divorzio perchè ricevette un'opposizione dinnanzi a cui deve legalmente sospendere ogni decisione: perciò viene ad imporsi l'istessa conclusione.

Confr. nota su Amiens, 29 agosto 1891, SIR. e *J. Pal.*, 1892, 2, 153; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 2524.

711. Il codice civile non contiene alcuna disposizione relativamente alla nullità del divorzio e alle sue conseguenze. Le difficoltà che possano insorgere vanno quindi risolute alla stregua dei principî generali: si potranno applicare per analogia le regole che concernono gli effetti del matrimonio nullo od inesistente.

Essendo il divorzio pronunciato dall'ufficiale dello stato civile in esecuzione di un provvedimento giudiziario definitivo, la causa di nullità risulterà dall'atto di divorzio.

Questo sarà nullo per le cause che annullerebbero, ove del caso, l'atto di matrimonio, val dire se manca una delle condizioni sostanziali dell'atto, per esempio se non fu ricevuto da un ufficiale dello stato civile, se non fu preceduto da un provvedimento che ammette il divorzio, se ebbe luogo dopo spirati i termini legali, se il convenuto non fu convenientemente citato.

Gli scrittori i quali insegnano, erroneamente a nostro credere (*supra*, n. 701), che taluni ufficiali dello stato civile hanno esclusiva competenza per pronunciare il divorzio, sostengono ehe nel caso in cui l'ufficiale sia incompetente, il divorzio è nullo. A noi sembra che questa incompetenza non debba necessariamente produrre la nullità del divorzio se non in quanto importerebbe necessariamente la nullità del matrimonio (v. *supra* n. 467). Una diversa soluzione non potrebbe essere accolta se non allorchè l'ufficiale dello stato civile avesse agito fuori dei confini del proprio comune: in questo caso, l'atto sarebbe posto in essere da persona non investita di alcun carattere pubblico (*supra*, n. 467).

Sic, in caso d'incompetenza dell'ufficiale dello stato civile, trib. Liège, 18 gennaio 1885, *Pasic.*, 1885, III, 54; CL. e BONJ., 1885, 301.

Contra: Pand. belges, v. *Divorce*, n. 1582.

Confr. su questo punto, *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 1578 e s.; — ARNTZ, t. I, n. 478.

712. Come il codice civile, anche la legislazione francese non prevede i casi di nullità del divorzio: poichè questo risulta dalla trascrizione, effettuata in forza di una sentenza definitiva, le cause di nullità potranno scaturire unicamente dalle irregolarità dell'atto di trascrizione. Dal momento che la legge è muta, bisogna ammettere qui il principio esposto nel precedente numero riguardo alla pronuncia del divorzio. La nullità della trascrizione non può essere ritenuta se non per le cause medesime che annullerebbero il matrimonio; dunque nelle sole ipotesi in cui faccia difetto una delle condizioni sostanziali dell'atto, ad

esempio se non fosse stato preceduto dalla notificazione della sentenza.

Sic la relazione del consigliere Denis che precede la sentenza della Cass. Fr., 15 marzo 1895, D. P., 1895, 1, 281. — Confr. Nancy, 14 gennaio 1888, SIR., 1888, 2, 53; *J. Pal.*, 1888, 329; D. P., 1893, 5, 33.

718. Nel Belgio la pronuncia del divorzio, in Francia la trascrizione ebbero luogo prima che sia divenuto definitivo il provvedimento che ammise il divorzio.

Sarà valido il divorzio?

È certo che se ulteriormente venisse riformata la decisione in forza di cui agì l'ufficiale dello stato civile, il divorzio non esisterebbe.

Questa soluzione deve essere accolta anche pel caso in cui la sentenza acquista l'autorità della cosa giudicata.

Secondo la legge, la pronuncia del divorzio o la trascrizione non possono aver luogo se non in forza d'una decisione passata in giudicato: se la formalità viene adempiuta in esecuzione di una sentenza che non presenti questo carattere, è nulla, precisamente come se fosse stata eseguita indipendentemente da alcuna provvidenza giudiziale.

Questa soluzione è conforme al fine della legge. Essa ha voluto, per viste d'ordine pubblico, che non rimanesse incerto lo stato dei cittadlni. Ora, se la formalità della pronuncia o della trascrizione, nulla od annullabile al momento in cui è compiuta, diviene valida allorchè la sentenza passa in giudicato, è chiaro che per un tempo, che può anche essere assai lungo, rimarrà incertezza sul punto se i coniugi siano o no divorziati.

Non occorre la constatazione giudiziale della nullità delle formalità perchè le parti possano rinnovarla dopo che la sentenza è divenuta definitiva. Se l' ufficiale dello stato civile ricusasse di agire, basterà che gli interessati, per tutelare il loro diritto, gli notifichino una richiesta regolare nel termine di legge (*supra*, n. 707).

Sic, quanto alla nullità: Cass. Fr., 5 agosto 1896, Sir. e *J. Pal.*, 1897, 1, 129; D. P., 1897, 1, 402; — Aix, 23 gennaio 1895, Sir. et *J. Pal.*, 1895, 2, 217.

Sic, quanto alla ripetizione delle formalità, la nota alla citata sentenza di Aix. — *Contra:* Aix e Cass. Fr. citate.

§ V. - Dei provvedimenti provvisori cui può dar luogo la domanda di divorzio per causa determinata.

N. 1. Principii generali.

III 252-253 **714.** *In massima, durante il corso del giudizio e fino alla pronuncia del divorzio, il matrimonio sussiste con tutti i suoi effetti legali. Sotto il regime della comunione dei beni, il marito rimane il padrone della comunione. Se, posteriormente all' ordinanza resa dal presidente sulla richiesta dell' attore in divorzio* (art. 238), *il marito compie degli atti in frode ai diritti della moglie, questa può chiederne la nullità, tanto se si tratti dell'alienazione di beni mobili, quanto se si tratti dell' alienazione di beni immobili. Infatti, l'articolo 271, che le riconosce tale diritto, non è che l' applicazione del principio generale stabilito dall'articolo 1167 a vantaggio di qualunque creditore il cui debitore compia un atto in frode dei suoi diritti. L'articolo 271 era dunque inutile; i lavori preparatori spiegano il motivo per cui fu inserito nel codice.*

L'articolo 271 si trova ora sostituito in Francia dall'art. 243, il cui testo è identico.

Conforme al testo: trib. Gand, 5 gennaio 1895, *Pasic.*, 1895, III, 171; *Pand. pér. belges.*, 1895, 1396; — trib. Verviers, 18 maggio 1892, *Pasic.*, 1893, III, 47; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 348 e s. — Confr. Huc, v. II, n. 359, e *infra*, n. 741 e s.

La questione se la moglie possa impugnare gli atti compiuti dal marito, prima dell'ordinanza del presidente, in frode dei di lei diritti, sarà esaminata nel titolo *Del contratto di matrimonio.*

715. Il codice civile (modificato su questo punto in Francia, come vedremo nel numero seguente) affida al tribunale lo statuire circa i provvedimenti provvisorii resi necessari dalla domanda di divorzio (art. 267 e 268 del codice civile; art. 878-881 del codice di procedura civile). Come magistato conciliatore, il presidente del tribunale non ha a questo riguardo veruna facoltà. Nondimeno, in caso d'urgenza, le parti potranno rivolgersi a lui quale giudice dei *référés*. Nulla, infatti, vi ha nella legge che consenta di ritenere che il legislatore abbia voluto limitare su questo punto la competenza del giudice dei *référés*, e i lavori preparatorî, sui quali si appoggia la opposta teorica, non contemplano l'ipotesi in cui la causa sia urgente. In questo senso la controversia è risolta dal Laurent (*infra*, n. 718, 721 e 731); nè crediamo di dover insistere sull'argomento, trattandosi di una questione di procedura.

Sic réf. Bruxelles, 25 febbraio 1889, *J. Trib.*, 1889, 463; — trib. Verviers, 25 agosto 1888, Cl. e Bonj., 1888, 796; — Bruxelles, 15 giugno 1886, *Pasic.*, 1887, II, 57; — Liegi, 26 novembre 1879, *Pasic.*, 1880, II, 56; *Belg., jud.*, 1880, 473; — Cass. Fr., 15 luglio 1879, Sir. 1880, 1, 97; *J. Pal.*, 1880, 225 e la nota; D. P., 1881, 1, 79 e la requisitoria dell'avvocato generale Lacointa; — Aix, 13 gennaio 1873, Sir., 1873, 2, 11; *J. Pal.*, 1873, 95.

Contra: trib. Bruxelles, 29 agosto 1893, *Pasic.*, 1893, III, 370; — Anvers, 4 marzo 1885, *J. Trib.*, 1885, 513; — *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 894 e s.

716. La legge francese ha modificate le disposizioni del codice civile riguardo alla competenza del presidente del tribunale circa i provvedimenti provvisori.

Il nuovo articolo 236 dispone che il presidente « può, col-« l'ordinanza che permette la citazione, autorizzare il coniuge « attore a vivere separato, indicando, qualora si tratti della « donna, il luogo della provvisoria residenza ».

Il nuovo articolo 238 stabilisce che il presidente, coll'ordinanza che autorizza la citazione avanti il tribunale, « statuisce « nuovamente, ove occorra, sulla residenza del coniuge attore, « sulla cura provvisoria dei figli, sulla consegna degli effetti « personali, e può pronunziare altresì, se del caso, sulla do-« manda d'alimenti ».

« Questa ordinanza è provvisoriamente esecutiva, ed appel-
« labile nei termini fissati dall'articolo 809 del codice di pro-
« cedura....

« Quando il tribunale è investito della domanda, i provvedi-
« menti interinali prescritti dal giudice possono essere da quello
« modificati o completati durante il corso della causa, senza
« pregiudizio del diritto che sempre appartiene al giudice di
« pronunziare *en référé*, in qualunque stato della controversia,
« sulla residenza della moglie ».

Da ultimo, secondo il nuovo articolo 240: « Il tribunale può,
« sopra domanda di una delle parti interessate, o di un membro
« della famiglia, o a richiesta del pubblico ministero, come
« anche d'ufficio, ordinare tntti quei provvedimenti interinali
« che gli sembrino necessari nell'interesse dei figli. Pronuncia
« pure sulle domande relative agli alimenti durante il corso del
« giudizio, sulle provvisionali e su tutto quanto possa occorrere
« in via d'urgenza ».

Prima che il tribunale sia investito della causa, il presidente può ancora, come giudice di *référé*, stabilire, in caso d'urgenza, sulle difficoltà che la legge non gli consente di dirimere come giudice conciliatore.

Non si può dunque dal nuovo articolo 240 dedurre, che dal giorno in cui il tribunale è investito, la competenza del giudice di *référé* si limiti alle difficoltà relative alla residenza della moglie; l'articolo è soltanto enunciativo e debbono seguirsi i principî generali sulla competenza del giudice di *référé*.

Per applicazione analogica dell'articolo 811 del codice di procedura civile, il presidente, agendo come giudice conciliatore, può ordinare l'esecuzione immediata della sua ordinanza.

Dal testo degli articoli 236-238 sembra risultare che il presidente non può ordinare d'ufficio i provvedimenti che reputi opportuni.

La legge dice che le ordinanze presidenziali sono soggette ad appello, ma non accenna al diritto di farvi opposizione. Bisogna concludere da ciò che questo diritto non esiste; in materia di divorzio la precedente legislazione non ammetteva l'opposizione; conseguentemente, se il legislatore avesse voluto innovare, lo avrebbe detto espressamente; tale è d'altronde

l'applicazione analoga dell'articolo 809 del codice di procedura civile.

Il tribunale, investito della causa prima che la Corte abbia statuito sull'appello, interposto in conformità al nuovo articolo 238, dall'ordinanza del presidente che ordina le misure provvisionali, può ordinare quei provvedimenti che reputi opportuni. Infatti, la Corte stabilisce, non già sui fatti deferiti al tribunale, ma su quelli che esistevano al momento in cui emanò l'ordinanza appellata: l'appello è dunque ricevibile, anche se interposto dopo che la causa fu portata avanti al tribunale.

Tutte queste questioni interessano piuttosto la procedura che il diritto civile, e perciò crediamo di non dovervi insistere più a lungo.

Sic DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 257 e s.; — HUC, v. II, n. 324 e s., il quale tuttavia insegna (n. 329) che, investito della causa il tribunale, il presidente, come giudice di *référé*, è competente solo per statuire circa la residenza della moglie. In questo senso, Montpellier, 31 gennaio 1895, D. P., 1895, 2, 356.

La questione se l'aver proposto la domanda principale di divorzio dinnanzi al tribunale di prima istanza non impedisca l'appello contro l'ordinanza del presidente che stabilisce i provvedimenti interinali, e vieti che la Corte statuisca sull'appello così proposto, formò oggetto di viva controversia, risoluta ultimamente nel senso del testo della Cass. Fr., 29 giugno 1892; *Pand. fr. chron.*, 1893, 1, 485; SIR., e *J. Pal.*, 1893, 1, 242, e la relazione del consigliere Faure Biguet; D. P., 1892, 1, 553 e la nota. — *Contra*: Bordeaux, 12 maggio 1896, D. P., 1896, 2, 480; SIR. e *J. Pal.*, 1897, 2, 192.

L'appello è irricevibile se l'ordinanza del presidente statuisca sulla cura dei figli senza che vi sia stata controversia: Nancy, 15 febbraio 1896, D. P., 1896, 2, 144 e la nota. Vedi DALL., *Rép., Supp.*, v. *Divorce et separation de corps*, n. 263.

Vedi, su queste diverse opinioni, *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 1400 e s.

717. Le domande provvisionali costituiscono altrettanti incidenti dell'istanza di divorzio, soggetti al diritto comune e sottratti alle regole speciali della procedura di divorzio.

Sic trib. Bruxelles. 17 marzo 1894, *Pand. pér. belges*, 1894, 1672; — Liegi, 11 giugno 1893, *Pasic.*, 1894, II, 48; — trib. Bruxelles, 8 febbraio 1893, *Pasic.*, 1893, III, 109; — Bruxelles, 3 luglio 1883, *Pasic.*, 1884, II, 42;

J. Trib., 1883, 552; *Belg. jud.*, 1885, 55; — 8 agosto 1882, *Pasic.*, 1883, II, 58; *Belg. jud.*, 1883, II, 406; — Dinant, 4 febbraio 1882, *Pasic.*, 1882, III, 158.

In ispecie rispetto alla domanda di un assegno alimentare: trib. Bruxelles, 8 febbraio 1893, *Pasic.*, 1893, III, 109; — trib. Liegi, 17 gennaio 1891, *Pasic.*, 1892, III, 50; — Liegi, 21 dicembre 1888, *Pasic.*, 1889, II, 160; — Bruxelles, 11 maggio 1888, *Pasic.*, 1888, II, 226; — 25 maggio 1887, *Pasic.*, 1887, II, 311; *J. Trib.*, 1887, 811; *Belg. jud.*, 1887, 1451; — 14 marzo 1883, *Belg. jud.*, 1883, 678; — 8 agosto 1882, *Pasic.*, 1883, II, 58; *Belg. jud.*, 1883, 406.

N. 2 — Dei figli.

III, 254-255

718. *Durante il giudizio di divorzio, la cura provvisoria dei figli rimane al marito: sopra domanda della madre, del consiglio di famiglia o del pubblico ministero, il tribunale può, nel vantaggio della prole, affidarla, con decisione sempre suscettiva di essere modificata, alla madre od a un terzo* (art. 267 del codice civile). *Il presidente del tribunale può, come giudice di* référé, *ordinare, in caso d'urgenza, quanto meglio richiegga l'interesse dei figli.*

La legge francese ha modificato il codice civile. Essa attribuì al presidente, come giudice conciliatore, il diritto di statuire circa la cura provvisoria dei figli (V. *supra*, n. 716). Quando il tribunale è investito della causa, può modificare la decisione del presidente e ordinare, a sensi dell'articolo 240, « tutti i « provvedimenti interinali che gli sembrino necessari nell'inte- « resse dei figli ». La legge nuova derogò pure al precedente articolo 267, dichiarando in modo esplicito che il tribunale può agire sopra domanda di uno dei membri della famiglia (v. il numero seguente), od anche d'ufficio.

Sebbene il nuovo articolo 240 non dica, come il cessato articolo 267, che la cura provvisoria dei figli rimane al marito, questa regola è tuttora applicabile, perchè deriva dal principio generale che il matrimonio sussiste durante il giudizio di divorzio.

Circa l' applicazione del principio che l'interesse dei figli dev' essere il movente della decisione del tribunale, v. Bruxelles, 10 e 20 luglio 1889, *Pasic.*, 1890, II, 5; — 30 luglio 1888, *J. Trib.*, 1888, 1095; — 5 agosto 1880, *Belg. jud.*, 1880, 1121; *Pasic.*, 1880, II, 319; Cl. e Bonj., 1880-1881, 415; — Cass. Fr., 28 febbraio 1893, Sir., e *J. Pal.*, 1894, 1, 209; D. P., 1893, 1, 279; — Parigi, 22 novembre 1892, Sir. e *J. Pal.*, 1894, 2, 70; D. P., 1893, 2, 523.

719. L'articolo 267 del codice civile stabiliva che la famiglia poteva richiedere al tribunale i provvedimenti necessari nell'interesse dei figli: sotto la denominazione di famiglia si intendeva generalmente il consiglio di famiglia (v. *infra*, n. 774). Il nuovo articolo 240 ha modificato, in Francia, l'articolo 267 autorizzando il tribunale ad agire sopra richiesta di un membro della famiglia.

A questo riguardo, così si esprime l' esposizione dei motivi: « Sotto l'impero del codice, la giurisprudenza belga ammise « che i parenti intervengano dopo essersi costituiti in una « specie di consiglio. Il progetto non autorizza tale soluzione. « Un sol membro della famiglia, individualmente preso, in nome « proprio, ma nell'interesse del figlio, potrà chiedere al tribu- « nale tutti i provvedimenti che ritiene opportuni ».

Si legge nella relazione al Senato: « In seno alla commissione « estraparlamentare si era sollevata la questione se occorresse « regolare anticipatamente questo intervento della famiglia, « limitarlo a un certo grado di parentela e determinarne la « forma. Non si è creduto di farlo ».

Donde è forza concludere che l'intervento è ammesso sempre, qualunque sia il grado della parentela.

Sic Huc, t. II, n. 350.
Confr. Cass. Fr., 28 febbraio 1893, Sir. e *J. Pal.*, 1893, 1, 357; D. P., 1893, 1, 279; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 300.

720. *Il provvedimento che stabilisce circa la cura dei figli* III, 256 *può essere eseguito* manu militari; *il giudice non può ordinare il sequestro delle rendite del coniuge che si rifiuti all'esecuzione; non può neppure condannare costui al pagamento di una certa somma di danni per ciascun giorno di ritardo.*

Questi due ultimi punti sono tuttora dibattuti: la controversia riflette, piuttosto che le regole speciali del divorzio, i principî generali relativi ai danni dovuti in caso d'inadempimento delle obbligazioni (art. 1142 del codice civile; LAURENT, v. XVI, n. 302).

Il coniuge che rifiuta di obbedire all'ordinanza del magistrato non deve, pensa il Laurent, essere condannato ai danni interessi, perchè, a suo dire, l'altro sposo non subisce alcun danno avendo il tribunale agito esclusivamente nell'interesse del figlio.

Questa soluzione è troppo assoluta.

Sebbene il tribunale sia stato guidato dall'interesse della prole, il coniuge cui questa viene affidata può bene, se l'altro non soddisfa all'obbligo che gli incombe di consegnargli i figli, subire un danno: come in caso di morte accidentale di un figlio, l'autore responsabile dell'accidente dovrebbe pagare ai genitori una somma a titolo di danni pel dolore ad essi cagionato, così privando il coniuge, che vi ha diritto, della presenza del proprio figliuolo, gli si cagiona un pregiudizio che esige riparazione.

D'altro lato, i provvedimenti ordinati dal tribunale sono presi nell'interesse del figlio: la mancata esecuzione dei medesimi cagiona a quest'ultimo un danno di cui dev'essere risarcito. È certo che i danni interessi non possono eccedere l'importanza del danno sofferto e degenerare in una penale.

Sic Cass. B., 15 marzo 1883, *Pasic.*, 1883, 1, 65; SIR., 1883, 4, 23; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 311, nota 2; — Bruxelles, 5 agosto 1880, *Belg. jud.*, 1880, 1121, 1315; *Pasic.*, 1880, II, 319; CL. e BONJ., 1881, 415; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 310 e s.

Confr. Cass. Fr. 18 marzo 1878, D. P., 1878, 1, 201; SIR., 1878, 1, 193; *J. Pal.*, 1878, 497; — Parigi, 7 agosto 1876 e 13 febbraio 1877, D. P., 1878, 2, 125; SIR., 1878, 1, 198; *J. Pal.*, 1878, 497; — HUC, v. II, n. 362; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 2803 e s.

N. 3. DELLA RESIDENZA DELLA MOGLIE.

III, 257 **721.** *Durante il giudizio di divorzio, la moglie ha il diritto di abbandonare il domicilio coniugale, ma è obbligata a risie-*

dere nel luogo indicato dal tribunale (art. 268 del codice civile); *in caso d'urgenza, il presidente, come giudice di* référé, *può assegnare alla donna un domicilio provvisorio.*

La legge francese ha modificato il codice civile e attribuito al presidente una certa competenza per statuire su questo punto come conciliatore (v. *supra*, n. 716: quanto alla sua competenza come giudice di *référé*, v. *supra*, n. 715 e 716).

L'articolo 268 del codice civile è abrogato in Francia, e i nuovi articoli 236, 238 e 240 non dichiarano più in modo espresso che la moglie abbia diritto di vivere separata dal marito. Non vi è nulla peraltro, nei lavori preparatori, che dinoti come il legislatore intese modificare l'antica legislazione: donde si deve concludere che se nessun testo vieta al magistrato di negare alla moglie l'autorizzazione ad abbandonare il domicilio coniugale, tuttavia egli deve usare di questa facoltà solo in casi assolutamente eccezionali.

Sic Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 277. — Confr. *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 1532 e s.

722. Nel Belgio, l'articolo 268 del codice civile attribuisce alla moglie, attrice o convenuta nel giudizio di divorzio, la facoltà di abbandonare il domicilio coniugale, esonerandola dall'obbligo che le impone l'art. 214 del codice civile di coabitare col marito. « Non sarebbe stato possibile », dice il Treilhard nell'esposizione dei motivi, « obbligare la moglie a condividere il domicilio del marito durante il corso dell'azione di divorzio: essa ha sempre facoltà di scegliersi una diversa residenza ».

Nessuna disposizione di legge proscioglie il marito dall'obbligo che gli incombe, in forza dello stesso articolo 214, di ricevere la moglie. Nondimeno la giurisprudenza decide che ne sia esonerato; questa massima si fonda sull'affermazione che l'articolo 268 non è tassativo e che il legislatore si è limitato a prevedere il caso che si verifica più frequentemente.

Può darsi che il legislatore avrebbe saggiamente operato concedendo al marito, come alla moglie, il diritto di pretendere che la vita comune non sia più obbligatoria durante il giudizio

di divorzio; ma è certo peraltro che non lo dichiarò espressamente. D'altro canto, nulla nei lavori preparatorî, in cui si parla della moglie, autorizza a ritenere che tale fosse la sua intenzione. Conseguentemente la giurisprudenza, ammettendo che il marito abbia simile diritto, crea la legge in luogo di limitarsi ad applicarla. L'osservazione poi sulla quale è basata la sua decisione, che, cioè, il legislatore si è limitato a prevedere il caso che accade più di frequente, è puramente gratuita e inoltre assai discutibile. La ripugnanza della moglie, attrice nel giudizio di divorzio, a continuare la vita comune, fondamento della disposizione dell'articolo 268, esiste anche pel marito attore. Il legislatore ha probabilmente pensato che la continuazione della vita comune presentava, in questa ipotesi, minori inconvenienti pel marito, capo della società coniugale, che per la moglie, la quale gli deve obbedienza finchè dura il matrimonio. Donde la differenza che l'articolo stabilisce fra i due coniugi.

Contra: trib. Bruxelles, 8 agosto 1885, *Pasic.*, 1886, III, 43; — 11 maggio 1872, *Pasic.*, 1872, III, 189; — trib. Anversa, 27 aprile 1872, *Belg. jud.*, 1873, 1435; — *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 916 e seg.
Conforme trib. Bruxelles, 11 luglio 1884, *Pasic.*, 1884, III, 314.

728. In Francia, il nuovo articolo 236 dispone che il giudice « può autorizzare il coniuge attore ad abitare da solo, indi-« cando, qualora si tratti della moglie, il luogo della residenza « provvisoria ».

Questa disposizione, contrariamente a quella del codice civile, attribuisce in modo espresso al marito attore facoltà di chiedere una residenza separata: d'altro canto non si fa cenno che dell'attore, mentre il codice civile stabiliva: « La donna attrice o convenuta nel giudizio di divorzio potrà abbandonare il domicilio del marito ».

Limitandosi la legge a menzionare l'attore, è forza dedurne che il convenuto non può pretendere una residenza separata.

Questa conclusione trova conferma nell'esposizione dei motivi: « La condizione fatta ai coniugi, dal giorno in cui ebbe luogo « la citazione in conciliazione, rende impossibile, talvolta perico-« losa, la coabitazione: era indispensabile accordare al giudice

« il diritto di porvi termine. Il coniuge attore, sia esso il ma-
« rito, come la moglie, può invocare tale provvedimento ».

La regola è, da ultimo, conforme alla natura delle cose: infatti è logico che si ricusi al coniuge il quale non chiede il divorzio e vuol continuare la vita coniugale, il diritto di essere prosciolto dall'obbligazione fondamentale imposta dal matrimonio, quella della coabitazione.

Il nuovo articolo 241 dice che qualora la moglie non comprovi la propria residenza nella casa designata, il marito può rifiutarle la provvisione a titolo d'alimenti, e se la donna è attrice nel giudizio di divorzio, far dichiarare irricevibile ogni sua istanza ulteriore. Dalle parole: « se la moglie è attrice nel giudizio di divorzio » si vuole concludere che la moglie convenuta potè ricevere la designazione di un domicilio provvisorio e che, pertanto, può chiederla. Ma questa conclusione è evidentemente erronea. Il fatto che la convenuta si vide indicata una residenza provvisoria, non prova certo che la indicazione sia stata provocata da lei e non piuttosto dal marito attore.

Contra: DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 276.

724. *Il giudice che ha competenza per ordinare dove la moglie debba risiedere, può anche autorizzarla a rimanere nel domicilio coniugale, imponendo al marito di allontanarsene.* III, 258

Sic Liège, 19 dicembre 1894, *Pasic.*, 1895, II, 380; *Pand. pér. belges*, 1895, 1259; — trib. Bruxelles, 18 novembre 1893, *Pasic.*, 1893, III, 17; — Bruxelles, 10 e 20 luglio 1889, *Pasic.*, 1890, II, 5 e 6; — trib. Liège, 13 luglio 1887, CL. e BONJ., v. XXXVI, 639; — trib. Bruxelles, 11 luglio 1884, *Pasic.*, 1884, III, 314; *J. Trib.*, 1884, 983; — 22 dicembre 1883, *J. Trib.*, 1884, 181; — Liége, 17 giugno 1880, *Pasic.*, 1881, II, 116; — trib. Bruxelles, 13 marzo 1879, *Belg. jud.*, 1879, 719; — Cass. Fr., 18 gennaio 1892, SIR. e *J. Pal.*, 1892, 1, 68; D. P., 1892, 1, 124; *Pand. pér. fr.*, 1893, 1, 95; — Parigi, 20 dicembre 1890, D. P., 1891, 2, 343; — 25 febbrajo 1885, SIR., 1885, 2, 87; *J. Pal.*, 1885, 463; D. P., 1886, 2, 86; — AUBRY e RAU, v. V, p. 194, § 493; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 286; — *Pand.*, *fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 1561 e s.

Confronta Parigi, 5 marzo 1895, SIR. e *J. Pal.*, 1895, 2, 192; D. P., 1895, 2, 231.

In Francia l' Esposizione dei motivi del nuovo articolo 236 ha risoluta la questione nel senso indicato dal Laurent.

III, 259 **725.** *Qualora la donna, richiesta, non comprovi di risiedere nel domicilio assegnatole, il marito può rifiutarle ogni assegno a titolo d'alimenti; se la moglie è attrice, potrà essere dichiarata irricevibile a proseguire nel giudizio, finchè non abbia soddisfatta la propria obbligazione* (art. 269 del codice civile).

La regola stabilita dall'articolo 269 non è assoluta: il tribunale può rifiutarsi di applicarla se risulti che la donna abbandonò la sua residenza per motivi legittimi o che non intese sottrarsi alla sorveglianza del marito.

Il testo dell'articolo 269 del codice civile fu riprodotto in Francia dal nuovo articolo 241.

Sic, quanto al potere discrezionale del magistrato, Bruxelles, 21 dicembre 1886, *Pasic.*, 1887, II, 64; *J. Trib.*, 1887, 20; — trib. Ypres, 23 maggio 1884, *Pasic.*, 1884, III, 333; Cl. e Bonj., 1884, 794; — trib. Seine, 23 luglio 1894, D. P., 1895, 2, 85; — 17 marzo 1891, *Pand. pér. fr.*, 1893, 2, 118, e la nota; — Cass. Fr., 25 giugno 1889, D. P., 1890, 1, 420; *Pand. pér. fr.*, 1889, 1, 555; Sir., 1890, 1, 71; *J. Pal.*, 1890, 150; — Nîmes, 13 febbraio 1889, D. P., 1890, 2, 334; — Bourges, 8 maggio 1872, D. P., 1873, 2, 95; Sir., 1873, 2, 139; *J. Pal.*, 1873, p. 591; — Parigi, 27 gennaio 1870, D. P., 1872, 1, 87; *J. Pal.*, 1872, 142; — *Pand. belges*, v. *Abandon de résidence*, n. 22, 23, 24 e 29; — Arntz, v. I, n. 435; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce, et séparation de corps*, n. 407; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 1644 e s.

726. Allorchè la residenza della moglie fu stabilita mediante una convenzione passata fra i coniugi e non autorizzata dal tribunale, non sono più applicabili, in Francia l'articolo 241, nel Belgio l'articolo 269: il principio risulta dal testo medesimo di queste disposizioni.

Sic. Dall., *Rép. Suppl.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 405.

N. 4. — Della provvisione alimentare.

III, 260-261 **727.** *La moglie che, durante la procedura di divorzio, risiede fuori del domicilio coniugale, può chiedere una provvisione a titolo d'alimenti il cui ammontare si determina secondo i principii che governano il debito alimentare* (art. 268 del co-

dice civile): *in forza di questo diritto, la donna può reclamare la consegna dei propri effetti d'uso giornaliero e la somma necessaria per le spese processuali.*

In Francia, l'articolo 268 è abrogato: la regola che esso stabiliva e che non è, al postutto, se non una semplice applicazione dell'articolo 214 del codice, fu mantenuta dai nuovi articoli 238 e 240, il primo dei quali contempla la consegna alla moglie dei suoi effetti personali.

La moglie, avendo diritto agli alimenti, può pretendere che le sia corrisposta una somma per far fronte alle necessità della propria difesa: gli è quanto si dice provvisione *ad litem.*

Per determinarne l'ammontare, si terrà conto esclusimente delle spese di procuratore, d'usciere ed altre analoghe, o si dovranno aggiungervi gli onorari all'avvocato cui la moglie affida i propri interessi? Non vi ha dubbio che, per la tutela delle sue ragioni, la donna, che è parte in un giudizio di divorzio, ha bisogno di un avvocato; per conseguenza tutto quanto è dovuto a costui rientra nella categoria dei debiti fatti dalla moglie per la propria difesa, cui deve sopperire la provvisione *ad litem.*

Non esiste quindi alcuna seria difficoltà se non in causa del carattere particolare del ministero dell'avvocato: secondo le regole dell'ordine, quest'ultimo deve prestare il proprio concorso senza pretendere alcuna anticipazione. Siccome il suo intervento non ha fine che col giudizio, se ne concluse che, durante il corso del procedimento, la donna non deve nulla al proprio consigliere e quindi non le occorre alcuna provvisionale.

Ma la tesi è erronea.

Il ragionamento da cui la si deduce, è tutto fondato sul concetto che gli alimenti siano dovuti alla moglie all'unico fine di permetterle di pagare immediatamente i debiti che essa contrae.

Ecco un concetto sbagliato.

La questione del momento in cui possa essere richiesto il pagamento del debito non ha importanza di sorta. Gli alimenti mirano a porre la moglie in condizione di soddisfare agli impegni ch'essa contragga per provvedere ai propri bisogni:

quando ricorre all'opera di un avvocato, si obbliga di fronte a lui a corrispondergli gli onorari; conseguentemente deve ricevere a titolo alimentare, la somma necessaria per adempiere a tale obbligazione. Affermare il contrario equivale a costringere la donna, che sia priva di un patrimonio personale, a commettere un'azione disonesta, cioè ad obbligarsi in confronto d'un avvocato, mentre sa di non poter soddisfare all'assunto impegno.

Non si può contestare che se l'avvocato avesse diritto di farsi pagare anticipatamente, bisognerebbe tener conto di ciò nella determinazione della provvisionale a titolo d'alimenti: il fatto che questo pagamento anticipato non sia richiesto, non muta punto la questione, perchè in entrambi i casi la moglie è debitrice e quindi deve essere posta in grado di pagare.

Sic. trib. Bruxelles, 20 luglio 1897, *Pasic.* 1897, III, 261; — Liège, 15 luglio 1890, *Pasic.*, 1890, II, 370; *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 1801. — Cons. *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 1091 e s.

Contra: trib. Liège, 21 gennaio 1893, *Pand. pér. belges*, 1893, 404, e la nota: *Pasic.*, 1893, III, 144; — Bruxelles, 11 maggio 1888, *Pand. pér. belges*, 1888, 2, 1435; *Pasic.*, 1888, II, 226; — 10 dicembre 1887, *Pasic.*, 1888, III, 51; Cl. e Bonj., v. XXXVI, 581; *Pand. pér. belges*, 1888, 3, 51; — Poitiers, 21 luglio 1890, D. P., 1891, 2, 56. Conforme trib. Bruxelles, 17 luglio 1897, *Pasic.*, 1897, III, 251; — Rouen, 30 gennaio 1897, Sir. e *J. Pal.*, 1897, 2, 239.

728. Il marito non può certo essere condannato a pagare una provvisionale *ad litem* alla moglie, se questa fu ammessa al gratuito patrocinio. Allorchè tale beneficio è accordato alla donna, potrà essa reclamare ugualmente una provvisionale *ad litem*, ad esempio per pagare i testimoni, e, nel caso in cui si accolga la tesi svolta nel precedente numero, per soddisfare il proprio avvocato?

Essa non avrà ottenuto il beneficio della gratuita clientela se non in quanto sia indigente, e non sarebbe più tale se potesse farsi anticipar dal marito le spese richieste dalla propria difesa. Dal fatto che le fu concesso il patrocinio dei poveri, bisogna dunque concludere che le sostanze del marito non gli permettono di dare alla moglie una provvisionale *ad litem*, o quanto meno che non è possibile costringerlo a ciò, per difetto

di beni pignorabili. D'altronde, se la moglie fruisce del patrocinio gratuito, non dovrà anticipare spese giudiziali: infatti, le verrà nominato un avvocato il quale le presterà il suo concorso gratuitamente, e i testimoni dovranno comparire a deporre, anche se citati da un usciere che avrà compiuto gratuitamente gli atti del suo ministero.

Sic DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 330.

Contra: trib. Liège, 5 giugno 1895, *Pand. pér. belges*, 1895, 1672; — Bruxelles, 23 giugno 1884, *J. Trib.*, 1884, 934.

Confronta trib. Anversa, 14 luglio 1883, *Pasic.*, 1883, III, 325; — *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 1100 e s.; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 1777 e s.; — trib. Seine, 13 febbraio 1883, *Journal du droit international privé*, 1883, 295, che decide che la moglie ammessa al gratuito patrocinio ha tuttavia eccezionalmente diritto a una provvisionale *ad litem*, qualora si trovi costretta a fare spese eccezionali.

729. Si discute se la moglie abbia diritto agli alimenti in caso di decozione o di fallimento. La soluzione dipende dai fatti della causa e non si può stabilire una regola assoluta. Nonostante lo stato di fallimento, il marito ha ancora qualche risorsa? In tal caso dovrà gli alimenti. Non dovrà nulla, invece, se la sua condizione è tale che non possegga più cosa alcuna.

Sic Pand. fr., v. *Divorce*, nn. 1693-1696.

Hanno giudicato che la dichiarazione di fallimento del marito non priva la moglie. attrice in giudizio di separazione personale, del diritto di ottenere una provvisionale per alimenti ed una provvisionale *ad litem :* trib. Bruges, 1 giugno 1874, *Pasic.*, 1874, III, 301; — Digione, 4 febbraio 1880, D. P., 1881, 2, 36.

Cfr. trib. Liège, 11 luglio 1885, *Belg. jud.*, 1885, 1039. e le osservazioni della *Belgique judiciaire;* — *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 1041.

730. La provvisionale *ad litem* costituisce una quota degli alimenti dovuti alla moglie e le viene assegnata per permetterle di pagare le spese della propria difesa. Perciò il marito non potrebbe, per ricusare di soddisfarla, addurre in compensazione un credito verso la donna, in ispecie se dipendente da spese cui questa fosse stata condannata da sentenze incidentali rese nel corso del giudizio di divorzio.

Sic trib. Bruxelles, 28 marzo 1896, *Pasic.*, 1896, III, 250.

III, 262 **781**. *Il tribunale determina la pensione. Il presidente, come giudice di* référé, *può accordare una pensione a titolo di provvedimento d'urgenza. La pensione alimentare può essere domandata in appello o nelle more del giudizio di cassazione. Deve essere pagata fino al giorno in cui vien pronunciato il divorzio o la causa è definitivamente terminata.*

La legge francese accorda espressamente al presidente, che agisce come giudice conciliatore, facoltà di statuire sulla pensione alimentare (V. supra, n. 716).

Rispetto alla competenza del presidente come giudice di *référé*, si vegga, pel Belgio, *supra*, n. 715, per la Francia, *supra*, n. 714.

Sic, quanto alla durata dell'obbligo alimentare, Bruxelles, 12 gennaio 1897, *Pasic.*, 1897, II, 190; — trib. Anversa, 24 maggio 1893, *Pand. pér. belges*, 1893, 1819; — Verviers, 4 aprile 1889, *Pasic.*, 1889, III, 338, CL. e BONJ.. v. XXXVII, 719; — Parigi, 13 dicembre 1895, D. P., 1896, II, 418: SIR., e *J. Pal.*, 1896, II, 80; — trib. Seine, 27 maggio 1887, *Pand. pér. fr.*, 1890, 2, 12: — *Pand. belges*, v. *Divorce*, nn. 1053 e s.

III, 263 **782**. *Anche quando non ha una residenza separata, se il marito le neghi il denaro necessario al proprio mantenimento, la moglie può chiedere una provvisionale pei suoi bisogni personali, per quelli dei suoi figli e per le spese di lite.*

Il marito può ricusare ogni prestazione a titolo d'alimenti se la moglie non dà giustificazione della propria residenza.

L'articolo 268 del codice civile concede soltanto alla moglie, che non coabiti col marito, il diritto di chiedere una pensione alimentare; conseguentemente, questa disposizione non può essere invocata allorchè i coniugi vivano ancora insieme. Nondimeno, in simil caso, la donna può, se versi in bisogno, accampare, per pretendere una pensione, l'articolo 214 del codice civile, di cui l'articolo 268 è una semplice applicazione.

Ugual soluzione deve essere accolta in Francia, dove l'articolo 268 trovasi sostituito dai nuovi articoli 238, 240.

Sic *Pand. belges*, v. *Divorce*, nn. 1007 e s.; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 1705; — DALL., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 325. — Cfr. Nancy, 6 luglio 1895, SIR. e *J. Pal.*, 1897, II, 45.

Rispetto al diritto del marito di ricusare la pensione, *supra*, n. 725.

738. L'obbligazione alimentare, imposta al marito durante il giudizio di divorzio, è, in realtà, l'obbligo generale, che gli incombe in forza dell'articolo 214, di somministrare alla moglie, secondo le sue sostanze, tutto ciò che le occorre per soddisfare ai bisogni della vita.

Durante la procedura di divorzio, la moglie è autorizzata a dividersi dal marito per vivere in una residenza designata dall'autorità giudiziaria; conseguentemente, il marito non potrà più fornire alla donna ciò che le occorre in natura, ma dovrà darle l'equivalente in denaro: tale è lo scopo dell'articolo 268 del codice civile (238, 240 nuovi).

Malgrado questa differenza, l'obbligo del marito di provvedere ai bisogni della moglie durante il matrimonio e quello di somministrarle gli alimenti nel corso del giudizio di divorzio hanno l'istesso carattere, come l'obbligazione imposta alla donna di risiedere nella casa indicata dal magistrato è identica a quella, che le incombeva, di vivere nel domicilio coniugale. In causa dell'identità di queste obbligazioni, la pensione alimentare non è dovuta alla moglie che non comprovi di abitare nella casa all'uopo designata e che volle sottrarsi alla sorveglianza del marito. Ne viene che la donna la quale abbia abbandonato il domicilio coniugale senza chiedere al magistrato l'assegnazione di un'altra residenza, non avrà, in massima, diritto agli alimenti, neppure pendente il giudizio di divorzio. Si farà eccezione pel caso in cui sussistano particolari circostanze che valgano di scusa all'abbandono.

Sic. Liège, 19 maggio 1897, *Pasic.*, 1897, II, 356; — Anversa, 27 novembre 1884, *Pasic.*, 1885, III, 91; CL. e BONJ., v. XXXIII, 200; — trib. Gand, 8 giugno 1881, *Pasic.*, 1882, III, 283; *Belg. jud.*, 1884, 714, e la nota.

Contra: trib. Bruxelles 12 febbraio 1887, *Pasic.*, 1887, III, 166.

Cfr. trib. Bruxelles, 4 aprile 1896, *Pasic.*, 1896, III, 258, che non precisa peraltro i fatti della causa; — 3 marzo 1896, *Pasic.*, 1896, III, 184; — 9 marzo 1889, *J. Trib.*, 1889, 723; *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, nn. 1613 e s. — *Supra*, n. 514.

III, 264 **734.** *Il debito alimentare fra coniugi è reciproco: perciò il marito, nel corso dell'azione di divorzio, ha diritto, ove del caso, a pretendere una pensione alimentare e una pensione* ad litem *il cui ammontare verrà determinato secondo le regole che avrebbero stabilito l'importo della pensione che la moglie avrebbe potuto reclamare in caso d'indigenza.*

La stessa soluzione va accolta in Francia, tanto più che il testo dei nuovi articoli 238 e 240 non contempla specialmente la moglie, come fa quello del cessato articolo 268.

Conformi al testo: Bruxelles, 5 novembre 1890, *Pasic.*, 1891, II, 206; — Rouen, 13 novembre 1878, D. P., 1880, 2, 190; — Parigi, 4 agosto 1871, D. P., 1873, 2, 41; — *Pand. fr. Rép.*, v. *Divorce*, n. 1678; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 322.
Contra: trib. Bruxelles, 24 giugno 1876, *Pasic.*, 1877, III, 250.

735. La sentenza che accorda la pensione alimentare è esecutiva come qualsiasi altra decisione giudiziaria: in caso di esecuzione bisogna però tener conto del carattere alimentare del debito di cui si chiede il pagamento.

Sic trib. Bruxelles, 30 novembre 1895, *Pasic.*, 1896, III, 64; — Bruxelles, 15 giugno 1894, *Pand. pér. belges*, 1894, 1372; *Pasic.*, 1896, II, 36; — trib. Anversa, 1 marzo 1895, *Pand. pér. belges*, 1895, 1051; — Bruxelles, 10 febbraio 1892, *Pand. pér. belges*, 1895, 1047; — trib. Bruxelles, 20 novembre 1886, *Pasic.*, 1887, III, 63; — Parigi, 19 luglio 1894, D. P., 1895, II, 179.

735 *bis*. Il coniuge cui viene concessa, durante il giudizio di divorzio, una pensione alimentare, non può, se attore è l'obbligato, pretendere che l'azione sia dichiarata irricevibile fino a quando non venga pagata la pensione. Questo fine di non ricevere, analogo, a vero dire, a quello stabilito in favore del marito contro la moglie la quale non giustifichi la propria residenza nella casa indicata dall'autorità giudiziaria, non è però scritto nella legge: non si potrebbe quindi ammetterlo senza consacrare un'illegalità.

Sic Pand. fr., *Rép.*, v. *Divorce*, n. 1739 e 1740; — Nîmes, 17 giugno 1889, Sir., 1889, 2, 156; *J. Pal.*, 1889, 860; D. P., 1891, 5, 183.

Contra: trib. Bruxelles, 1 dicembre 1894, *Pand. pér. belges*, 1895, 1050; — Anversa, 15 novembre 1884, *J. trib.*, 1885, 58; Cl. e Bonj., v. XXXIII, 257.

N.° 5. Dei provvedimenti conservativi.

736. *A norma del codice civile, la moglie in comunione di beni ha diritto, dalla data dell'ordinanza del presidente che impone la comparizione dei coniugi dinanzi a lui, di chiedere, per la conservazione dei suoi diritti, l'apposizione dei sigilli sugli effetti mobili della comunione. I sigilli non vengono rimossi se non dopo l'inventario e coll'onere da parte del marito di rappresentare le cose inventariate o di rispondere del loro valore come custode giudiziale* (art. 270)*; il marito non può quindi più disporre degli effetti compresi nell'inventario.*

III, 265

Quest'ultimo punto è tuttavia controverso.

L'articolo 270 (abrogato in Francia, v. al numero seguente) dispone che il marito è obbligato a rappresentare gli oggetti inventariati od a rispondere del valore dei medesimi come custode giudiziale. Donde deriva che il suo primo obbligo è di rappresentare gli oggetti: perciò non può venderli. Se li vende, è responsabile come custode giudiziale: adunque, vendendoli, non usa d'un proprio diritto.

A sostegno di questa argomentazione, crediamo utile menzionare la dichiarazione fatta dal Treilhard nell'Esposizione dei motivi (Corpo legislativo, 30 ventoso anno XI): « Da ultimo, la « moglie potrà.... far apporre i sigilli.... sugli effetti della comu- « nione, e il marito non sarà più libero di disporne, nè obbli- « gandoli, nè alienandoli ».

Sic trib. Bruxelles, 4 luglio 1894, *Pand. pér. belges*, 1894, 1814; — Parigi, 26 marzo 1885, Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 344, nota 1; — Cass. Fr., 13 agosto 1869, Sir., 1870, 1, 47; *J. Pal.*, 1870, 76; — *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 1177 e s.

Sic, riguardo alla facoltà della moglie di non richiedere l'apposizione dei sigilli, Cass. fr., 29 luglio 1884, D. P., 1886, 5, 378; *J. Pal.*, 1885, 374.

787. L'articolo 270 del codice civile fu abrogato in Francia per effetto dell'articolo 4 della legge 18 aprile 1886: il nuovo articolo 242, che lo sostituisce, modifica il diritto della moglie di chiedere l'apposizione dei sigilli e risolve in pari tempo diverse controversie cui aveva dato luogo l'applicazione dell'articolo 270 (*infra*, n. 740, 742 e 743).

L'apposizione dei sigilli sui beni della comunione è concessa fin dalla prima ordinanza; contrariamente a quanto disponeva il codice civile, occorre l'autorizzazione del giudice che viene accordata coll'obbligo di riferirne.

« I sigilli sono rimossi a richiesta della parte più diligente ; « gli oggetti e valori inventariati e stimati; il coniuge che ne « ha il possesso ne vien dichiarato custode giudiziale salvo che « non sia stato deciso diversamente » (art. 242 nuovo). Vi ha qui una duplice deroga al codice civile. Anzitutto non è il marito, ma il coniuge possessore degli oggetti che viene, di regola, costituito custode giudiziale; inoltre, può farsi eccezione a questa massima e decidere che la custodia sia conferita a un terzo: « Il § 3 (dell'articolo 242) riproduce l'ultimo para- « grafo dell'articolo 270 con una lieve differenza: il coniuge « che ha in suo possesso gli effetti cui furono apposti i sigilli « non ne è più il custode necessario, ma il tribunale può de- « signarne un altro ». (Esposizione dei motivi dell'articolo 242. Cfr. *infra*, n. 742).

Questa decisione è presa, coll'intervento degli interessati, sia dal presidente del tribunale come giudice dei *référés*, sia dal tribunale.

787 *bis*. Anche sotto l'impero della nuova legge, si discute, in Francia, come accadeva prima, se il marito possa vendere gli oggetti inventariati.

Questo diritto non gli appartiene secondo il cessato articolo 270 (*supra*, n. 736).

Il nuovo articolo 242 non riproduce il testo dell'articolo 270, ma si limita a dichiarare custode giudiziale degli effetti, salvo decisione contraria, il coniuge che li ha in possesso.

Volle il legislatore, mediante questa diversità di redazione, eliminare la controversia che la Corte di Parigi, conformandosi

a una sentenza della Cassazione francese, risolveva allora nello stesso senso del Laurent? (V. le autorità citate al n. 736).

Si legge nell'esposizione dei motivi della nuova norma: « Il « § 3 (di cui ci occupiamo) riproduce l'ultimo paragrafo dell'ar- « ticolo 270, con una lieve differenza: il coniuge che ha in suo « possesso gli effetti cui furono apposti i sigilli non ne è il « custode necessario: il tribunale può sceglierne uno diverso ». Evidentemente non si può, da questa dichiarazione, dedurre che il legislatore si sia specialmente occupato della difficoltà che stiamo esaminando.

Essa va pertanto risoluta tenendo conto solo del nuovo testo. Ora, questo dispone che il coniuge il quale possiede gli effetti, o l'altro, ovvero una persona designata dal tribunale sarà, dopo l'inventario e l'apposizione dei sigilli, il custode giudiziale dei mobili. Per conseguenza, dopo l'inventario, i mobili vengono affidati a un custode, val dire posti sotto la salvaguardia della giustizia: donde segue che il marito, anche se ne conserva il possesso, non può più disporne.

Sic Pand. fr., v. *Divorce*, n. 1874 a 1880.

Contra: Dalloz, *Rép.*, *Suppl.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 344, che cita scrittori negli opposti sensi; — Huc, v. II, n. 357, il quale invoca la sentenza della Corte di Parigi, 2 marzo 1886 (Sir., 1886, 2, 161; *J. Pal.*, 1886, 963), che peraltro statuisce su una cosa affatto diversa.

Cfr. la relazione del consigliere Féraud-Giraud, Cass. Fr., 26 marzo 1889, D. P., 1889, 1, 444; *J. Pal.*, 1890, 629.

788. Non può dunque il marito alienare gli effetti inventariati. Nondimeno quando siano tali da richiedere una vendtia sollecita, per esempio se si tratti di merci che possono deteriorarsi o che si consumano coll'uso, o che sono dipendenza di un commercio la cui cessazione sarebbe pregiudizievole alla moglie, ne è autorizzata l'alienazione. Infatti, il divieto è stabilito nell'interesse della donna e deve cessare col venir meno del motivo che lo determinò. In caso di vendita, il marito è responsabile del ricavo, come custode giudiziale.

Sic Pand. fr., *Rép.*, v. *Divorce* n. 1880; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 345.

III, 266 **739.** *La moglie non ha mestieri dell'autorizzazione maritale per chiedere l'apposizione dei sigilli e l'erezione dell'inventario: trattasi, invero, di provvedimenti conservativi e, per di più, d'una diretta conseguenza della domanda di divorzio che la donna ha veste per promuovere, per effetto dell'intervento del presidente del tribunale.*

Cfr., quanto alla legislazione francese, il nuovo articolo 242, *supra*, n. 737.

Cfr. Cass. B., 10 dicembre 1885, *Pasicr.*, 1886, I, 20; *Belg. jud.*, 1886, 87.

III, 267 **740.** *Il diritto stabilito dall'articolo 270 appartiene alla donna anche quando non sia maritata sotto il regime della comunione, per quelli fra i suoi beni di cui il marito ha l'amministrazione o il godimento; la legge accenna unicamente alla donna maritata sotto il regime della comunione, perchè è questo il regime di diritto comune.*

In Francia, il nuovo articolo 242 dichiara espressamente che il diritto di chiedere provvedimenti conservativi spetta alla moglie, anche sotto un regime diverso dalla comunione, per la tutela di quelli fra i suoi beni di cui il marito ha l'amministrazione e il godimento.

Cfr. al testo: trib. Bruxelles, 27 giugno 1885, *Pasicr.*, 1886, III, 20; — Aubry e Rau, t. V, p. 197, § 493.

Sic, quanto alla legge francese, Algeri, 1 marzo 1893, D. P., 1893, 2, 520: — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 1846.

III, 268 **741.** *Sotto l'impero del codice civile, l'articolo 270, che deroga al diritto comune, deve essere interpretato ristrettivamente. La moglie non può pertanto chiedere provvedimenti diversi da quelli contemplati da detta disposizione o che limitino maggiormente i diritti del marito; il tribunale può ordinare, invece, misure meno onerose, se bastino per tutelare i diritti della moglie.*

Per conseguenza, la donna non può:

1.° Pretendere cauzione per le ragioni che potranno spettarle dopo il divorzio;

2.° Chiedere il sequestro sui beni della comunione o il deposito delle somme alla cassa dei depositi;

3.° Procedere a pignoramenti sui valori di spettanza della comunione.

La questione è ancor oggi vivamente controversa: la giurisprudenza, peraltro, tende ad interpretare in modo estensivo l'articolo 270. (Quanto alla legge francese, si vegga il numero seguente).

I lavori preparatorî attestano chiaramente come simile interpretazione non sia conforme alla volontà del legislatore.

Secondo l'originaria redazione degli articoli 270 e 271 (seduta del Consiglio di Stato del 26 vendemmiale anno X), la moglie, sotto qualunque regime, aveva facoltà di richiedere l'apposizione dei sigilli sui mobili e gli effetti che si trovassero in possesso del marito. Costui poteva contestare dinnanzi al tribunale l'opportunità di simile provvedimento, che verrà revocato, diceva il progetto (art. 31), « se il marito consenta che « si proceda all'inventario e presenti una bastevole garanzia « coi suoi mobili personali, od offra cauzione sufficiente per « soddisfare ai diritti apparenti della moglie ».

A sensi dell'articolo 32 (corrispondente all'art. 271): « Dal « giorno della domanda di divorzio, lo stato della comunione « non potrà essere modificato in riguardo alla moglie, nè da « obbligazioni assunte, nè da alienazioni fatte dal marito. Il « marito dovrà la garantia alla moglie, e questa avrà azione « per impedire o veder risarcite le frodi ordite ai suoi danni ».

Questo progetto accordava alla moglie le maggiori garanzie: diritto di far apporre i sigilli da non potersi rimuovere se non in seguito all'erezione di un inventario e al versamento d'una cauzione; divieto al marito di modificare lo stato della comunione, e come sanzione di questo divieto, diritto nella moglie di agire, o preventivamente per impedire le frodi, o in seguito, per ottenere la rifazione del danno patito. Se questo progetto tutelava gli interessi della moglie, è chiaro che poteva avere

per conseguenza la soppressione del diritto del marito di amministrare la comunione.

Perciò il Regnier fece osservare che tali disposizioni avrebbero impacciato assai il marito nell'amministrazione dei proprì affari. Al che il Portalis rispose « che nondimeno, senza la « presunzione stabilita da questo articolo erano a temersi molte « frodi ; che in ogni caso bastava forse dire che gli atti fraudolenti saranno considerati nulli ».

In seguito a queste osservazioni, il progetto venne modificato. Fu mantenuto l'obbligo pel marito di fornir cauzione. ma si soppresse il diritto nella moglie di agire in prevenzione per impedire la frode (art. 40 e 41 del progetto). Il Consiglio di Stato approvò il nuovo testo senza discussione (Seduta del 6 nevoso anno X).

Esso fu peraltro emendato dalla sezione di legislazione del Tribunato. Questa propose per l'articolo 270 il testo del codice, salvo che il suo progetto contemplava l'ordinanza prevista dall'articolo 239: l'obbligo nel marito di fornir cauzione venne quindi alla sua volta soppresso.

Motivando il proprio emendamento, la sezione disse: « Fu « saggia cosa prendere disposizioni per conservare provvisoriamente alla moglie i diritti che dovranno spettarle se ha « luogo il divorzio.

« Ma sembrò che questi provvedimenti non debbano gravare « sul marito in modo da rendergli impossibile di continuare la « gestione dei proprì affari e del suo commercio.... Bisogna « dunque tentar di conciliare i rispettivi interessi. Perciò, ri« guardo al mobiliare della comunione, che forma oggetto del« l'articolo 40 (270 del codice civile)... la necessità prescritta « dal progetto di legge che il marito dia cauzione, sembrò « troppo grave... Il temperamento che consiste nel lasciare gli « effetti inventariati in possesso del marito, nominandolo custode « giudiziario, ciò che può dar luogo all'arresto personale, questo « temperamento, diciamo, parve più saggio. Esso tutela ugual« mente gli interessi di entrambi i coniugi ».

Questo riassunto dei lavori preparatorì ci mostra come, nell'originario progetto, i diritti della moglie fossero molto estesi. La donna non aveva soltanto il diritto di chiedere l'annulla-

mento degli atti compiuti in frode delle sue ragioni, ma altresì quello d'agire in prevenzione per impedire il compiersi di simili atti; essa poteva far apporre i sigilli e inoltre esigere, quando venissero rimossi, che il marito prestasse cauzione. Durante il corso della discussione, questi diritti vennero successivamente ridotti: fu soppresso il diritto di agire in prevenzione per impedire gli atti fraudolenti; fu respinto l'obbligo pel marito di prestar cauzione e si ammise « il temperamento che « consiste nel lasciare gli effetti inventariati in potere del ma- « rito, costituendolo custode giudiziario, temperamento che parve « il più saggio, perchè tutela del pari gli interessi di entrambi « i coniugi ».

Per conseguenza, oltre questo temperamento, oltre questa soluzione transattiva, la moglie non ha alcun diritto. Il legislatore aveva dapprima pensato di proteggerla ancor più, di permetterle d'agire preventivamente; ma poi non lo volle, in causa degli inconvenienti che potevano derivarne. Adunque, coll'attribuire alla donna diritti più estesi, si viola questa volontà, si annulla il temperamento cui il legislatore pensò di dover arrestarsi, si infrange, senza alcun motivo, il principio generale ricordato dal Laurent, che ogni disposizione la quale deroghi, come l'articolo 270, al diritto comune, dev'essere interpretata ristrettivamente.

Per ammettere il contrario sistema, la giurisprudenza, all'infuori dell'affermazione, priva di fondamento, che il giudice ha il potere discrezionale di ordinare i provvedimenti conservativi che stimi opportuni, non invoca che un sol motivo; ed è che, durante il giudizio di separazione dei beni, il magistrato può prendere tutte quelle misure conservative che gli sembrano utili; ora, il divorzio conduce alla separazione dei beni e quindi dovrebbero applicarsi le stesse regole.

È vero che la separazione dei beni è una conseguenza del divorzio; ma la questione è diversa. Si tratta di sapere se, durante la procedura di divorzio, la posizione dei coniugi è la medesima che avrebbero nel corso d'una domanda di separazione dei beni. Basta ricordare quale sia l'oggetto della controversia nei due giudizî per vederne la differenza. Nella causa di separazione, si discute se la dote della moglie corra peri-

colo e se il disordine degli affari del marito lasci temere che i beni di costui non siano sufficienti a soddisfare le ragioni della donna (art. 1443 del codice civile). Durante la procedura di divorzio, si chiede se la moglie sia adultera, se il marito si sia reso colpevole di sevizie o di eccessi contro di lei; l'amministrazione dei beni da parte del marito è totalmente estranea a questo giudizio; chè anzi se la donna, mentre agisce in divorzio, non introduce una domanda in separazione dei beni, bisogna dedurne che il marito amministra correttamente.

Queste situazioni al tutto diverse dovrebbero essere sottoposte a regole differenti. Fondamento della causa per separazione dei beni è il disordine degli affari del marito; suo scopo la protezione degli interessi pecuniarî della moglie: si comprende che, per tutela di questi interessi, siano stati autorizzati speciali provvedimenti durante il corso dell'istanza. Per l'opposto, il giudizio di divorzio non lascia affatto presumere una cattiva amministrazione da parte del marito; l'unica cosa temibile, rispetto a costui, è la frode. Come disse la sezione di legislazione del Tribunato: « La proposta di divorzio partendo « dall'uno e dall'altro dei coniugi, può temersi che il marito, « come capo della comunione, cerchi di diminuirla a proprio « vantaggio ». Contro questa frode il legislatore ha ritenuto garanzia sufficiente l'apposizione dei sigilli, seguita dall'inventario, e la responsabilità del marito come custode giudiziale.

Il marito non può dunque essere obbligato a prestare cauzione.

Perciò il magistrato non ha facoltà di ordinare che i beni della comunione siano affidati ad un sequestratario, o che le somme di spettanza della comunione vengano versate alla cassa dei depositi. Una simile decisione eccederebbe i limiti del temperamento cui si è arrestato il legislatore e sottrarrebbe al marito l'amministrazione di tutta la comunione o di una parte di essa.

La donna non può neppure, praticando sequestri, impedire ai terzi debitori della comunione di pagare a mani del marito. L'inventario rese noti alla moglie i crediti della comunione; il marito, come custode giudiziale, è responsabile di questi crediti o del loro ammontare; il legislatore non volle che la moglie

avesse una garanzia diversa da tale responsabilità. Col permetterle d'impedire i pagamenti, si verrebbe, in realtà, ad autorizzarla a diminuire dell'importo dei crediti l'attivo della comunione che il marito ha diritto d'amministrare; si tratterebbe proprio d'uno di quei provvedimenti che il legislatore volle escludere, d'uno di quei provvedimenti che, come diceva la sezione di legislazione del Tribunato, graverebbero il marito in modo « da rendergli impossibile di continuare la gestione dei « propri affari o del suo commercio; giacchè potrebbe risul- « tarne un tale disordine che condurrebbe talvolta alla banca- « rotta ».

Da ultimo, la moglie non può opporsi alla rimozione dei sigilli e pretendere che i sigilli rimangano nonostante l'erezione dell'inventario. Questo provvedimento, infatti, toglierebbe al marito l'amministrazione della comunione: il testo dell'articolo 270 non lo autorizza, e i lavori preparatorî, riferiti più sopra, dimostrano come il legislatore abbia voluto concedere formalmente al marito il diritto di chiedere la rimozione dei sigilli, purchè venga eretto inventario.

Sic Bruxelles, 23 novembre 1896 (inedita); — trib. Liège, 21 gennaio 1893, *Pasic.*, 1893, III, 144; *Pand. pér. belges*, 1893, 404; — trib. Bruxelles, 26 novembre 1881, *Belg. jud.*, 1881, 1565; — Arntz. v. I, n. 436; — *Pand. belges*, v. *Divorce*, nn. 1146 e s.

Contra: trib. Seine, 28 dicembre 1886; *Pand. pér. fr.*, 1887, 2, 226; — Bordeaux, 8 gennaio 1884, Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 347, nota 2.

Contra, quanto al sequestro, Liège, 3 marzo 1897, *Pasic.*, 1897, II, 265; — trib. Bruxelles, 15 marzo 1890, *Pasic.*, 1890, III, 243; — trib. Bruges, 20 gennaio 1893, *Pasic.*, 1893, III, 168; — Bordeaux, 29 maggio 1883, Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 347, nota 1.

Contra, pel sequestro presso terzi, trib. Gand, 20 gennaio 1894, *Pasic.*, 1894, III, 140; *Pand. pér. belges*, 1894, 777; — Bruxelles, 19 luglio 1893, *Pasic.*, 1894, II, 180; *Pand. pér. belges*, 1894, 201; — Verviers, 18 aprile 1888, *Pasic.*, 1889, III, 376; Cl. e Bonj., v. XXXVII, 409; — Aubry e Rau, v. V, § 493, p. 196.

Contra, riguardo alla rinnovazione dei sigilli, Bruges, 9 novembre 1888, *Pasic.* 1889, III, 65.

Cfr. Bruxelles, 26 dicembre 1890, *Pasic.*, 1891, II, 180; — trib. Liège, 16 maggio 1883, Cl. e Bonj., v. XXXII, 407; — trib. Anversa, 2 agosto 1879, *Pasic.*, 1880, III, 31; — Gand, 6 febbraio 1873, *Pasic.*, 1873, II, 336; *Belg.*

jud., 1873, 281; — Parigi, 2 marzo 1886. D. P., 1887, 2, 200; SIR., 1886, 2, 161; *Pand. pér. fr.*, 1887, II, 400; *J. Pal.* 1886, 963; — AUBRY e RAU, v. V, § 493, p. 196 e 197; — relazione del consigliere Féraud-Giraud precedente la sentenza della Cass. Fr., 26 marzo 1889, D. P., 1889, 1, 444; *J. Pal.*, 1890, 1, 629.

742. Dopo la promulgazione della legge del 1886, l'art. 270 del codice civile si trova sostituito, in Francia, dall'art. 242, il cui testo è alquanto diverso. Esso dice: « L'uno o l'altro dei « coniugi può, dopo la prima ordinanza e mediante autorizza- « zione del giudice concessa coll'obbligo di riferirne, prendere « provvedimenti conservativi per garanzia dei suoi diritti, in « ispecie richiedere l'apposizione dei sigilli sui beni della co- « munione....

« I sigilli sono rimossi a richiesta della parte più diligente; » gli effetti e i valori vengono inventariati e stimati; il coniuge « che ne è in possesso è costituito custode giudiziale dei me- « desimi, salvo che non sia deciso diversamente ».

Il nuovo articolo equipara in modo espresso, riguardo al diritto di chiedere provvedimenti conservativi, il marito alla moglie; dichiara formalmente potersi prendere misure conservative diverse dall'apposizione dei sigilli; da ultimo soggiunge che il coniuge nel cui possesso si trovano le cose inventariate, ne è il custode giudiziario, salvochè il tribunale non creda di designare a tale ufficio un terzo o l'altro sposo (*supra*, n. 737).

Dobbiamo concludere da ciò che l'articolo 242 contiene una innovazione, che la moglie dev'essere autorizzata a eseguire sequestri presso terzi, a costringere il marito a prestar cauzione, a chiedere che l'amministrazione della comunione venga affidata ad un terzo?

Sebbene durante il corso dei lavori preparatorì il legislatore non abbia dichiarato di voler estendere l'efficienza dell'articolo 270, salvo per ciò che riflette la nomina di un terzo a custode giudiziario, è certo tuttavia che l'articolo 242, pel semplice fatto che autorizza qualsiasi provvedimento conservativo e permette che le cose inventariate vengano depositate a mani di un terzo, conferisce al giudice un potere più esteso di quello che spettava al tribunale sotto la precedente legislazione.

Sussiste però sempre il principio che il marito rimane, durante la procedura di divorzio, signore della comunione: il ma-

rito non può dunque mai essere interamente spogliato dei diritti inerenti a queste qualità e le misure conservative potranno solo limitarne l'esercizio.

Perciò il decidere quali provvedimenti possono essere ordinati, dipende dai fatti della causa. Se le circostanze sono tali che l'obbligo pel marito di prestar cauzione, o i sequestri operati della moglie non vengono a spogliare il marito dell'amministrazione della comunione, i provvedimenti saranno legittimi, se, per l'opposto, coll'autorizzare la donna ai sequestri si toglie al marito tutto l'attivo della comunione ponendolo nell'impossibilità di amministrare, la decisione sarà illegale.

In nessun caso poi potrà un terzo essere incaricato di amministrare la comunione in luogo e vece del marito.

Sic Montpellier, 24 dicembre 1894, D. P., 1895, 2, 355; — Parigi, 30 ottobre 1894, D. P., 1895, 2, 223; Sir. e *J. Pal.*, 1896, 2, 92; — Bordeaux, 11 gennaio 1893, D. P., 1893, 2, 518; — Cass. Fr., 26 marzo 1889, e la relazione del consigliere Féraud-Giraud, D. P., 1899, 1, 444; *Pand. pér. fr.*, 1889, 1, 411; Sir., 1890, 1, 253; *J. Pal.*, 1890, 1, 629.

Contra: Parigi, 27 novembre 1895, D. P., 1896, 2, 95; — Nancy, 13 luglio 1895, D. P., 1896, 2, 121.

Cfr. Parigi, 17 febbraio 1897, D. P., 1897, 2, 296; — Montpellier, 31 gennaio 1895, D. P., 1895, 2, 355, che distingue fra i beni della comunione e i beni propri della moglie; — Rouen, 19 marzo 1891, *Pand. pér. fr.*, 1891, 2, 331; — Parigi, 13 aprile 1889, Sir., 1891, 2, 27; *J. Pal.*, 1891, 205; — Huc, v. II, n. 358; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, nn. 1920 e s.; — Dall., *Rép.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 347.

743. *Il marito, come capo della comunione, non ha mestieri, per tutelare i suoi diritti, di valersi dell'articolo 270.* III, 269

In Francia, il nuovo articolo 242 dichiara espressamente che i provvedimenti conservativi possono essere richiesti dall'uno o dall'altro dei coniugi.

744. L'apposizione dei sigilli e gli altri provvedimenti conservativi ordinati in forza dell'articolo 270 del codice o del nuovo articolo 242, trovano la loro legittimazione nella necessità, in cui versa il coniuge che li chiede, di tutelare i suoi diritti.

Questo motivo stabilisce i limiti entro i quali detti provvedimenti possono essere eseguiti.

La moglie non ha dunque il diritto, pretestando la necessità di far apporre i sigilli sui mobili della comunione e di eseguire l'inventario, di pretendere la produzione di carte personali del marito, estranee agli interessi pecuniari dei coniugi e dalle quali più tardi volesse trarre argomento per dimostrare la verità dei fatti ch'essa allega allo scopo d'ottenere il divorzio.

Sic trib. Seine, 20 maggio 1896, *Pasic.*, 1897, IV, 91; — Parigi, 20 giugno 1895, D. P., 1896, 2, 245; — 2 marzo 1886, D. P., 1887, 2, 200; SIR., 1886, 2, 161; *Pand. pér. fr.*, 1887, 2, 400; *J. Pal.*, 1886, 963; — 3 agosto 1885, riferito in DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 242, nota 1; — DALL., *ibid.*, n. 341; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 1900.

745. L'articolo 270 del codice, al pari del nuovo art. 242, nonostante i termini in cui sono redatti, attribuiscono alla moglie anche non comune di beni, il diritto di far apporre i sigilli sui beni di cui il marito ha il godimento e l'amministrazione (*supra*, n. 740).

Si potrà andare più oltre e dire che sia lecito richiedere l'apposizione dei sigilli sovra beni non spettanti al coniuge che la domanda, per esempio, quando sia stipulato un regime che esclude la comunione, dalla moglie sui beni proprî del marito?

I lavori preparatorî dell'articolo 270 (*supra*, n. 741) dimostrano che tale non fu certo la volontà degli autori di questa disposizione.

Costoro intesero unicamente tutelare la donna contro la frode di cui avrebbe potuto rimaner vittima da parte del marito, il quale avesse abusato della sua qualità di signore della comunione e amministratore dei beni della moglie per distrarre il patrimonio di quest'ultima; non pensarono certo di attribuire alla donna, per garantirle il ricupero degli eventuali suoi crediti verso il marito, diritti più estesi di quelli che spettano a tutti gli altri creditori.

L'applicazione dei provvedimenti eccezionali, che l'articolo 270 autorizza in favore della moglie, deve dunque, come indica il testo, essere limitata ai beni di cui la donna ha la proprietà o che sono comuni.

Identica soluzione dev'essere accolta in Francia, sotto l'impero del nuovo articolo 242: i lavori preparatorî non attestano che il legislatore abbia voluto innovare su questo punto (*supra*, n. 742) e il § 2 dell'articolo non attribuisce alla donna, la quale non sia maritata sotto il regime della comunione, se non il diritto di agire per la conservazione di quelli fra i suoi beni di cui il marito ha l'amministrazione e il godimento.

Ciascuno dei coniugi, in quanto sia creditore dell'altro, può evidentemente, per assicurare il pagamento del proprio credito, ricorrere ai mezzi di diritto comune di cui potrebbe valersi qualunque altro creditore.

Sic Huc, v. II, n. 356.
Contra: Dall., *Rép.*, *Suppl.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 338 e le autorità citate; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 1852 e 1853 dove trovansi indicate le autorità in senso diverso.

§ 6. Della domanda riconvenzionale di divorzio.

746. *Il convenuto può chiedere il divorzio in via riconvenzionale; in questo caso il divorzio può, dove occorra, essere pronunziato contro ciascuno dei coniugi.* III, 270

747. *Sotto l'impero del codice civile, la domanda riconvenzionale non può farsi per semplice atto* (art. 337 del codice di procedura civile). *Essa rimane soggetta alle formalità richieste per l'azione principale.* III, 271

Le leggi francesi del 18 aprile 1886 e del 6 febbraio 1893 hanno risoluta in senso contrario la controversia che si agita su questo punto.

Il § 3 del nuovo articolo 239 dispone: « Le domande riconvenzionali di divorzio possono essere introdotte mediante semplici « conclusioni » e il § 4 del nuovo articolo 248 reca: « Le domande riconvenzionali possono prodursi in appello senza essere « considerate come domande nuove ».

La difficoltà decisa da queste disposizioni sussiste ancora nei paesi soggetti al codice napoleone; ma siccome concerne la procedura, non crediamo di dovercene occupare.

Conforme al testo: Namur, 16 gennaio 1884, *J. Trib.*, 1884, 219; — trib. Charleroi, 14 maggio 1881, *Pasicr.*, 1882, III, 22; — Trib. Bruges, 26 dicembre 1876, *Pasicr.*, 1877, III, 166; — trib. Charleroi, 29 marzo 1873, *Pasicr.*, 1873, III, 146; — ARNTZ, vol. I, n. 498 e 500; — *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 829.

Contra: Cass. Fr., 14 dicembre 1885, D. P., 1886, 1, 33, e la nota; SIR., 1886, 1, 404; *J. Pal.*, 1886, 998; *Pand. fr. Chron.*, VI, I, 379.

748. Allorchè il divorzio sia chiesto in forza dell'articolo 310, il convenuto può, in Francia, agire riconvenzionalmente valendosi della stessa disposizione. Però quest'azione riconvenzionale non produrrà l'effetto, qualora venga ammessa la conversione, di far pronunziare la conversione stessa per colpa dell'attore originario, se la separazione personale non fu pronunziata contro di lui (*supra*, n. 646-648).

In questo caso, il convenuto non ha altro diritto: in ispecie, non può chiedere riconvenzionalmente il divorzio fondandosi su una causa diversa. Infatti, l'unica questione di cui il tribunale è investito e sulla quale può statuire, è quella di sapere se sia caso di sostituire il divorzio alla separazione personale anteriormente pronunciata; esso non può decidere che, astrazione fatta della separazione, il divorzio possa essere ordinato per altra causa (*supra*, n. 646-648).

Sic HUC, v. II, n. 453; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 692.

Contra; Montpellier, 4 dicembre 1889, D. P., 1881, 2, 53. — Cfr. Cass. Fr., 11 febbraio 1889, SIR., 1889, 1, 225; *J. Pal.*, 1889, 1, 535; D. P. 1890, 1, 225.

749. In Francia, secondo il nuovo articolo 239, le domande riconvenzionali possono essere introdotte mediante semplici conclusioni.

Se il legislatore francese ha risolto in questo senso, contrariamente all'opinione generale, come dice l'Esposizione dei motivi, la controversia che esisteva sull'argomento, ciò avvenne perchè reputò poco utile, dopochè la conciliazione fu tentata e non riuscì, pretenderla una seconda volta.

Questo motivo delimita l' efficienza della disposizione. Quando non vi fu conciliazione, vale a dire quando la domanda origi-

naria è in separazione personale, bisognerà che la riconvenzionale in divorzio venga introdotta per via di azione principale: così, d'altronde, espressamente dichiara l'Esposizione dei motivi.

La domanda di separazione personale venne originariamente introdotta sotto forma di domanda di divorzio; poscia prima dell'introduzione della domanda riconvenzionale fu convertita in domanda di separazione: che si dovrà decidere? In questa ipotesi, i tentativi di riconciliazione ebbero luogo; per conseguenza sembra che l'azioneri convenzionale possa essere introdotta per via di semplice conclusione. Nondimeno il Letellier, nella sua relazione alla Camera dei deputati, ebbe espressamente a dichiarare il contrario.

Trattasi, peraltro, di questioni di procedura sulle quali non possiamo insistere.

Vedi Huc., v. II, n. 336; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 238.

750. *La domanda riconvenzionale può essere proposta fino a quando il matrimonio non sia disciolto colla pronunzia del divorzio.* III, 272

In Francia, il divorzio non viene pronunciato dall'ufficiale dello stato civile e il matrimonio è risoluto colla trascrizione del dispositivo della sentenza (art. 251 nuovo, *supra*, n. 699).

La domanda riconvenzionale non può produrre l'effetto di ritardare l'istanza introdotta coll'azione originaria: invero la legge non attribuisce al convenuto facoltà di allontanare il momento in cui viene riconosciuto il diritto dell'attore. Può quindi avvenire che l'attore, prima che fosse statuito definitivamente sull'azione riconvenzionale, abbia fatto, nel Belgio pronunciare il divorzio dall'ufficiale dello stato civile, in Francia trascrivere il dispositivo della sentenza e abbia così risoluto il matrimonio.

Potrà ancora essere statuito sull'azione riconvenzionale?

Questo ha lo scopo di ottenere lo scioglimento del matrimonio: ora, esso è un fatto compiuto; per conseguenza l'azione rimane senza oggetto.

Invano si obbietterebbe che l'attore ha interesse, per riguardo alle questioni accessorie relative ai figli o alle ragioni pecuniarie, che il divorzio sia pronunziato, sulla sua domanda in riconvenzione, contro l'originario attore.

I provvedimenti relativi ai figli e agli interessi pecuniari dei coniugi non costituiscono lo scopo dell'azione di divorzio. Questa ha per oggetto la dissoluzione del matrimonio; gli altri effetti che ne derivano non sono che conseguenze della dissoluzione. Ora, questa è compiuta: l'azione deve quindi cadere, come l'azione principale di divorzio si estingue se l'attore muore, dopochè la sentenza che accorda il divorzio è passata in giudicato, ma prima della pronunzia di divorzio o della trascrizione.

Questa regola non dev'essere applicata se non quando il matrimonio è disciolto, vale a dire se il divorzio fu pronunziato o se ebbe luogo la trascrizione; in caso contrario, sarebbe inapplicabile, anche se la sentenza che ammise il divorzio fosse passata in giudicato.

Sic Huc, v. II, n. 344.
Contra: Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparations de corps*, n. 227.
Cfr. trib Bruxelles, 14 maggio 1881, *Pasic.*, 1881, III, 235; — Aix, 24 ottobre 1894, D. P., 1896, 2, 249; — Rouen, 7 agosto 1888, D. P., 1890, 2, 361; — Sir., 1890, 2, 51; *J. Pal.* 1890, 328; — Parigi, 27 giugno 1888, D. P., 1890, 2, 361; Sir., 1891, 2, 62; *J. Pal.*, 1891, 438.

Sezione III. — Del divorzio per mutuo consenso.

§ 1. Principii generali.

III, 273-276

751. *L'istituto del divorzio consensuale che consente ai coniugi, i quali perseverino nella loro volontà, di risolvere il matrimonio per semplice accordo, è « un attentato all'ordinamento sociale » e dovrebbe essere soppresso.*

All'epoca della discussione della legge francese del 27 luglio 1884, le disposizioni relative a questa forma di divorzio furono votate dalla Camera, ma respinte dal Senato e non passarono nella legge.

In Francia, dunque, il divorzio per mutuo consenso venne abolito.

§ 2. Delle condizioni.

752. *Le condizioni cui va soggetto il divorzio consensuale* (art. 275-278, 283, 285) *sono di stretto rigore: in questa materia non trovano applicazione l'articolo 148 ne l'articolo 150, in quanto concernono il dissenso degli ascendenti e il parere del Consiglio di Stato del 4 termidoro anno VIII.*

III 277-278

Sic Pand. belges, v. *Divorce*, n. 1201 e s.; — Arntz, v. I, n. 448 e s. — Cfr. Liegi, 2 aprile 1896, *Pasic.*, 1896, II, 314 che stabilisce il computo dei termini.

753. Se fra le due comparizioni uno degli ascendenti venga a morire, dovranno i coniugi presentare la prova del consenso dell'ascendente del grado successivo, o basta che producano l'atto di morte?

La questione è risoluta dall'articolo 285: questo, infatti, se esige che le parti rassegnino ogni volta la prova che gli ascendenti persistettero nel loro consenso, non impone tale obbligo se non rispetto agli ascendenti che consentirono; perciò, in caso di morte dell'ascendente che accordò il consenso, gli sposi sono liberati da qualsivoglia obbligazione. Allora soltanto potrebbero essere costretti a richiedere il consenso dell'ascendente del grado successivo, quando la legge lo ordinasse; e la legge è muta su questo punto.

Sic Pand. belges, v. *Divorce*, n. 1250.

§ 3. Dei provvedimenti preliminari.

754. *Sono regolati dagli articoli 279 e 280 del codice, le cui prescrizioni devono essere seguite rigorosamente. I figli non possono intervenire all'inventario, poichè la legge non li autorizza a ciò, e il loro intervento sarebbe immorale.*

III 279-281

La convenzione di cui all'articolo 280 può essere fatta anche per scrittura privata.

Sic *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 1215 e s.

Contra, quanto all'intervento dei figli, ARNTZ, v. I, n. 451, che argomenta dalla necessità pei figli di tutelare i loro diritti. Questo motivo non basta però a vincere gli argomenti sviluppati nel testo.

§ 4. DELLA PROCEDURA.

III 282-284 **755**. *La procedura è regolata dagli articoli 281-290. Le condizioni e le forme in essi prescritte debbono essere adempiute a pena di nullità: l'inosservanza di una sola delle medesime basta per far respingere il divorzio.*

Sic Anversa, 12 marzo 1892, *Pasic.*, 1892, III, 393; — ARNTZ, v. I, n. 459; — *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 1262 e s.

III, 285 **756**. *Le formalità dell'appello dalla sentenza sono determinate dagli articoli 291 a 293.*

Sebbene la legge sia muta, è ammesso il ricorso per cassazione, giacchè tale è il diritto comune che l'articolo 263 del codice civile ebbe unicamente lo scopo di rammentare.

Sic ARNTZ, v. I, n. 461. — *Contra: Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 1271.

III, 286 **757**. *Il divorzio è pronunziato dall'ufficiale dello stato civile entro venti giorni dalla data della decisione che lo ammette* (art. 290, 294). *Se uno dei coniugi è commerciante, il divorzio va soggetto a formalità particolari* (art. 872 del codice di procedura civile).

Su quest'ultimo punto, art. 15 della legge 15 dicembre 1872.

CAPO III.

DEGLI EFFETTI DEL DIVORZIO

Sezione I. — Principî generali.

758. *Il divorzio infrange il matrimonio e ne fa cessare gli effetti. Sussistono quelli già verificatisi e che hanno indole perpetua: così permangono gli impedimenti matrimoniali derivanti dall'affinità, perchè vigono al tempo dello scioglimento del matrimonio; per converso, l'obbligo alimentare ha fine coll'affinità che le dà origine. La donna divorziata non può più portare il nome del suo ex-coniuge.* III, 287

L'obbligo alimentare è una delle conseguenze del matrimonio; cessato questo col divorzio, si estingue, permanga o no l'affinità. L'articolo 206, che mantiene l'obbligazione degli alimenti in taluni casi, dopo la risoluzione del matrimonio per morte di uno dei coniugi, deroga al principio generale secondo cui gli obblighi nascenti dal matrimonio hanno fine con esso. Ma appunto perchè codesta disposizione non contempla i casi in cui il matrimonio è disciolto per divorzio, l'obbligazione si estingue colla pronunzia del medesimo.

Sic Orleans, 23 marzo 1892, D. P., 1893, 2, 354; — Parigi, 23 marzo 1891, Sir., 1892, 2, 43; — Cass. Fr., 13 luglio 1891, che cassa la sentenza di Parigi, 18 luglio 1889, D. P., 1893, 1, 353; Sir., 1891, 1, 311; *J. Pal.*, 1891, 759.

Contra: Huc, v. II, n. 203.

Cfr. *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 2625 a 2642.

Rispetto agli impedimenti matrimoniali, conforme al testo: Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 345; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 2627.

Quanto al diritto della moglie di portare il nome del marito, v., per la legislazione francese il numero seguente.

759. In Francia la questione se la donna possa, dopo il divorzio, portare ancora il nome del marito, era stata, all'epoca del ristabilimento del divorzio in seguito alla legge del 27 luglio

1884, oggetto di viva controversia, risoluta negativamente dalla legge del 6 febbraio 1893.

Nessuna legge impone alla moglie di assumere il nome del marito. È questa una regola stabilita dall'uso: risolto il matrimonio, la donna cui il medesimo non attribuì alcun diritto sul nome del marito, non può più portarlo.

Questa soluzione sembrò dubbia in Francia a causa delle discussioni che avevano preceduta l'approvazione della legge 27 luglio 1884.

Infatti, era stato formalmente proposto di vietare alla moglie di portare il nome del marito, dal giorno in cui fosse pronunciato il divorzio. L'emendamento fu combattuto pel motivo che, in certi casi, la moglie cui non può muoversi verun rimprovero può bene aver interesse a conservare il nome del suo ex-coniuge. Da ultimo la proposta venne respinta, lasciando ai tribunali la cura di risolvere le difficoltà che potessero insorgere. Questi naturalmente si pronunziarono in sensi diversi. La giurisprudenza si mostrò generalmente favorevole a sanzionare il principio che la moglie divorziata non possa più portare il nome del suo ex-marito, non ammettendo eccezioni se non in casi specialissimi, per esempio quando il divorzio fu pronunciato a favore di una donna che esercita personalmente una casa di commercio la cui firma è costituita dal nome del marito.

Il legislatore francese volle por termine alla controversia colla legge del 6 febbraio 1893.

Dispone l'articolo 2: « L'articolo 299 del codice civile è completato come segue: Per effetto del divorzio, ciascuno dei coniugi riprende l'uso del proprio nome ».

Sebbene il testo non sia troppo chiaro, la disposizione mira a togliere a ciascuno dei due coniugi il diritto di aggiungere al proprio nome quello dell'altro.

Questa interpretazione risulta manifestamente dai lavori preparatorî.

Discutendosi il progetto di legge, il sig. Boulanger chiese al Senato che fosse riconosciuta alla moglie divorziata, cui occorre per vivere l'industria o il commercio esercitati sotto il nome del marito, la facoltà di continuare tale commercio sotto

questo nome, qualora i tribunali, apprezzando le circostanze, a ciò l'autorizzassero.

La proposta fu combattuta dal relatore, il quale fece rilevare gli inconvenienti che questa situazione creerebbe pel marito se, ad esempio, la donna cadesse più tardi in istato di fallimento. Confutando l'argomentazione tratta dall'interesse della moglie a conservare il nome del marito, il relatore rispose: « Accadrà in questo caso ciò che si verifica ogniqual- « volta la società si scioglie; si diramerà una circolare com- « merciale in cui la moglie commerciante esporrà la sua riso- « luzione di abbandonare gli affari nelle condizioni in cui li « aveva fatti prosperare, e che a far tempo da un'epoca deter- « minata, l'antica casa X continuerà sotto il nome Y ».

L'emendamento fu ritirato (seduta del 18 gennaio 1887). Dal canto suo il Jullien, nella relazione del 21 giugno 1890 alla Camera dei deputati, qualifica questa disposizione « come una « conseguenza che i nostri costumi ci impongono di consacrare « nella legge, quantunque manchi un testo esplicito che dichiari « avere il matrimonio per effetto di creare a vantaggio di uno « dei coniugi un diritto sul nome dell'altro ».

Da queste dichiarazioni risulta manifesto che la moglie divorziata non può oggi più, in Francia, portare il nome del suo ex-marito.

D'altronde, se tale non fosse il valore di questa aggiunta all'articolo 299 del codice civile, essa non avrebbe alcun significato.

Sic trib. Senna, 2 novembre 1895, D. P., 1896, 2, 152.

Contra: Huc, v. II, n. 395.

Sulla giurisprudenza anteriore alla legge del 6 febbraio 1893, vedi Poitiers, 11 luglio 1892, D. P., 1894, 2, 149; — 14 maggio 1888, sotto Cass. Fr., Sir., 1891, 1, 379; *J. Pal.*, 1891, 947; D. P., 1890, 1, 269; — trib. Lione, 4 marzo 1886, D. P., 1889, 2, 9; *Pand. pér. fr.*, 1886, 2, 179; — trib. Die, 12 agosto 1886, D. P., 1889, 2, 9; — trib. Tolosa, 18 maggio 1886, D. P., 1889, 2, 9; *Pand. pér. fr.*, 1886, 2, 179; — Algeri, 29 dicembre 1886, D. P., 1889, 2, 9 — Nimes, 8 agosto 1887, D. P., 1889, 2, 9; — Dijon, 27 luglio 1887, *J. Pal.*, 1888, 1, 198, Sir., 1888, 2, 17.

III, 288 **760.** *Il divorzio non produce effetto se non dal momento in cui viene pronunciato dall'ufficiale dello stato civile. La pronuncia di divorzio non agisce retroattivamente.*

Come abbiamo veduto, la pronuncia del divorzio per parte dell'ufficiale dello stato civile è stata sostituita, in Francia, dalla formalità della trascrizione del dispositivo della sentenza, che produce identici effetti (*supra*, n. 698 e 699).

Adunque, così in Francia come nel Belgio, non ha luogo veruna retroattività.

Una deroga a questo principio fu consacrata in Francia dal nuòvo articolo 252, § 5 (legge del 18 aprile 1886), ai cui termini « la sentenza debitamente trascritta risale, quanto ai suoi « effetti fra i coniugi, al giorno della domanda ».

Come indica il testo, questa disposizione concerne unicamente gli effetti del divorzio fra i coniugi. Inoltre, essa non contempla che gli effetti pecuniari. Suo scopo è di applicare, in caso di divorzio, ai beni dei coniugi la prescrizione dell'articolo 1445 del codice civile, relativa alla retroattività della sentenza di separazione dei beni. Ciò risulta chiaramente dai lavori preparatori. Infatti, il relatore Labiche diceva al Senato a proposito dell'articolo 252, § 5: « La disposizione che ci pro- « poniamo costituisce una novità. In qual modo la si giustifica? « Essa ha lo scopo di togliere ai coniugi la facoltà di modi- « ficare, in quanto li concerne, il patrimonio della comunione, « anticipando o ritardando, secondo particolari combinazioni, il « momento in cui la decisione del giudice diverrà definitiva, e « in cui soltanto, per conseguenza, produce effetti oggidì. Non « occorre, in vero, ch'io ricordi al mio onorevole collega che « se, in materia di separazione di beni, l'effetto risale al giorno « della domanda, diversamente accade in tema di separazione « personale o di divorzio ». (Senato, seduta 24 dicembre 1885).

Sic Parigi, 13 dicembre 1895, Sir. et *J. Pal.*, 1896, 2, 80; D. P., 1896, 2, 418; — Limoges, 21 marzo 1895, Sir. et *J. Pal.*, 1895, 2, 297; — Cass. Fr., 18 aprile 1893, Sir. et *J. Pal.*, 1894, 1, 5, e la nota; D. P., 1894, 1, 67, e la relazione del consigliere Denis; — 7 gennaio 1890, *Pand. fr.*, *pér.*, 1890, 1, 373; — Algeri, 6 luglio 1892, Sir. e *J. Pal.*, 1893, 2, 275; — Riom,

5 aprile 1892, SIR. e *J. Pal.*, 1892, 2, 112; — trib. Senna, 15 aprile 1891, D. P., 1891, 3, 95; — trib. Brioude, 18 marzo 1891, D. P., 1891, 3, 95; SIR., 1891, 2, 207; *J. Pal.*, 1891, 1, 1066; — Tolosa, 10 marzo 1890, D. P., 1891, 2, 276; *J. Pal.*, 1891, 206; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 2539 e s.; — HUC, v. II, n. 392. — Cfr. LAURENT, v. XXII, n. 338.

Contra: Limoges, 26 novembre 1887, *Pand. fr. pér.*, 1889, 2, 6; SIR., 1889, 2, 129; *J. Pal.*, 1889, 703; D. P., 1889, 2, 40.

761. *I coniugi divorziati possono, salvo determinate restrizioni, contrarre un nuovo matrimonio, ma non riunirsi fra loro.* III, 289

La legge francese del 27 luglio 1884 ha modificato questa regola (V. il numero seguente).

Rispetto alle altre limitazioni del diritto dei coniugi a contrarre un nuovo matrimonio, v. *infra*, nn. 765 e seguenti.

762. In Francia, sotto l'impero del nuovo articolo 295 (legge del 27 luglio 1884) i coniugi possono ancora riunirsi fra loro.

Non perdono questo diritto se non quando l'uno o l'altro abbia, posteriormente al divorzio, contratto un nuovo matrimonio seguíto da un nuovo divorzio.

Essendo il matrimonio risoluto per effetto del divorzio, la legge doveva, come fece, esigere che i coniugi divorziati, i quali intendono unirsi ancora, facciano celebrare un'altra volta il loro matrimonio.

È a notarsi che nel caso di riunione dei coniugi divorziati, il loro diritto di chiedere nuovamente il divorzio trovasi alquanto limitato (*supra*, n. 675).

763. Il nuovo articolo 295 dispone che i coniugi divorziati i quali intendono rimaritarsi fra loro, non potranno adottare un regime diverso da quello che regolava originariamente la loro unione.

La frase « regime matrimoniale » fu intenzionalmente sostituita all'espressione « convenzioni matrimoniali » della prima redazione.

Questa modifica fu fatta in seguito all'osservazione del relatore al Senato « potersi presentare il caso dell'impossibilità di

« far rivivere le stesse convenzioni matrimoniali, in causa della « completa diversità delle condizioni in cui fosse contratta la « nuova unione ». (Seduta del 24 giugno 1884, discussioni preliminari, p. 1198).

Donde risulta che i coniugi debbono sottoporsi all'identico regime matrimoniale, ma possono modificare le clausole particolari del loro contratto di matrimonio.

Sic DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 550: — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce* n. 2619; — HUC, v. III, n. 397.

Rispetto alle conseguenze dell'inosservanza di quest'obbligo, vedi *infra*, il commentario al titolo *Du contrat de mariage*.

764. In forza degli articoli 299 e 300 del codice, il coniuge contro il quale fu pronunciato il divorzio, perde tutti i lucri che l'altro gli aveva assicurati sia per contratto nuziale, sia durante il matrimonio: per converso, il coniuge che ottiene il divorzio conserva tutti i vantaggi che l'altro gli aveva consentiti nelle stesse condizioni.

Se i coniugi divorziati si rimaritano fra loro, è chiaro che sussistono, salvo convenzione contraria, le conseguenze degli articoli 299 e 300: infatti, la legge non dice che siano annullate, nè vi sarebbe motivo perchè ciò accadesse.

Sic HUC, v. II, n. 406.

Sezione II. — Effetti del divorzio rispetto ai coniugi.

§ 1. DEL DIVORZIO PER CAUSA DETERMINATA.

III, 290

765. *In caso di divorzio per causa determinata, la donna non può passare a nuove nozze se non scorsi dieci mesi dalla pronuncia del divorzio.*

Se il divorzio fu ammesso per adulterio, il coniuge colpevole non può maritarsi col complice.

In Francia, la nuova legislazione conservò questi impedimenti proibitivi del matrimonio.

Il nuovo articolo 296 dispone che la moglie divorziata non potrà passare ad altre nozze se non scorsi dieci mesi dacchè il divorzio divenne definitivo; ora, il divorzio non acquista tale carattere se non mediante la trascrizione (*supra*, n. 699) ed è quindi questa che stabilisce il punto di partenza del termine.

Sic trib. Senna, 16 maggio 1895, D. P., 1896, 2, 245; HUC, v. II, n. 398; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 557.

766. Il divieto fatto alla donna divorziata di passare a nuovo matrimonio prima che siano decorsi dieci mesi dacchè il divorzio divenne definitivo, ha unicamente per iscopo d'impedire la *turbatio sanguinis*. Le ragioni di convenienza, che poterono in parte ispirare l'articolo 228, non sono applicabili quando il matrimonio è disciolto in virtù del divorzio: per questo il Treilhard, illustrando, nella sua Esposizione dei motivi, l'articolo 296, si limita a menzionare la necessità d'impedire un dubbio circa lo stato della prole.

La lettera dell'articolo 296 è assoluta e non distingue secondo la maggiore o minore possibilità della confusione di parto.

Si dovrà pertanto applicare la legge in tutto il suo rigore o si ammetteranno eccezioni allorchè la confusione sia realmente impossibile, come nel caso in cui la donna abbia partorito subito dopo il divorzio, se intende rimaritarsi, in Francia, coll'uomo da cui ha divorziato?

In questa ipotesi la donna può rimaritarsi prima del termine dei dieci mesi.

È vero che la lettera della legge è assoluta; ma una disposizione legislativa, sebbene generale, non ha valore se non in quanto rispecchia la volontà del legislatore. Ora, se è certo che, vietando una cosa, il legislatore non ha inteso regolare una ipotesi determinata, il non estendere a questa eventualità l'ordinata proibizione è appieno conforme alla volontà di lui. Tutta la difficoltà sta dunque nel sapere se il legislatore volle interdire alla donna divorziata di passare ad altre nozze, entro dieci mesi dal divorzio, sia con un terzo allorchè si sia sgravata prima di questo termine, sia col suo ex-marito.

Sarebbe assurdo supporre una simile volontà nel legislatore. Questo, infatti, volle soltanto prevenire il dubbio sul punto se il figlio nascituro dal secondo matrimonio abbia per padre il primo o il secondo marito; ora, un tale dubbio è impossibile se la donna si ricongiunge al primo marito o se ha già partorito quando il divorzio divenne definitivo.

Contra: Pand. belges, v. *Conrol*, n. 9; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et separation de biens*, n. 553.

Vedi l'Esposizione dei motivi di Treilhard; Locré, v. II, p. 572, n. 33. — Cfr. *supra*, n. 412.

767. Al coniuge colpevole è vietato il matrimonio col proprio complice solo in caso di divorzio pronunciato per causa d'adulterio, vale a dire in forza degli articoli 229 e 230 del codice. La lettera dell'articolo 298 è esplicita e i lavori preparatorì non lasciano dubbio su questo punto.

Se pertanto il divorzio fu ammesso per causa diversa, l'articolo 298 non sarà applicabile, neppur quando il magistrato constatasse che le ingiurie gravi risultano da relazioni adulterine.

Sic Bruxelles, 23 gennaio 1882, *Pasic.*, 1882, II, 103; *J. Trib.*, 1882, 137; *Belg. jud.*, 1882, 301;— trib. Lilla, 2 novembre 1894, *D.* P., 1895, 2, 293; — trib. Bar-sur-Seine, 3 agosto 1892, Sir. e *J. Pal.*, 1896, 2, 149; — Cass. Fr., 24 maggio 1892, Sir. e *J. Pal.*, 1892, 1, 299; D. P., 1893, 1, 412; -- Lione, 3 luglio 1890, D. P., 1890, 2, 355; Sir., 1891, 2, 246; *J. Pal.*, 1891, 1365; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 563.

Contra: trib. Senna, 20 maggio 1896, Sir. e *J. Pal.*, 1896, 2, 221.

Cfr. la nota di Sir. e *J. Pal.*, al trib. Bar-sur-Seine, 3 agosto 1892, precitato.

767 *bis*. La legge vieta al coniuge colpevole di sposare il complice; ma non dice come debba essere dimostrata l'identità di quest'ultimo.

Non prescrivendosi alcun mezzo di prova, è forza concludere che tutti sono ammessibili e che la quistione è di puro fatto.

Conviene tuttavia rilevare che il divieto concerne unicamente il matrimonio col complice dell'adulterio che fu causa del di-

vorzio. La difficoltà sta quindi nel sapere, non già se il coniuge colpevole ebbe relazioni adulterine colla persona che intende sposare, ma se l'adulterio contemplato nella sentenza di divorzio fu consumato con costei. La prova di questo fatto, implicando la conoscenza del pensiero del tribunale, non può essere stabilita se non dall'istessa sentenza o dalla procedura che la precedette, posta in correlazione coi suoi motivi.

Sic trib. Liegi, 17 febbraio 1894, *Pasic.*, 1894, III, 349; Sir., 1895, 4, 8; — trib. Senna, 20 maggio 1896, Sir. e *J. Pal.*, 1896, 2, 221; — trib. Bar-sur-Seine, 18 febbraio 1890. D. P., 1891, 2, 109; Sir., 1890, 2, 144; *J. Pal.*, 1890, 720; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et separation de corps*, n. 562 e seg.

Cfr. Bar-sur-Seine, 3 agosto 1892, Sir. e *J. Pal.*, 1896, 2, 149; — Huc, v. III, n. 400.

768. Se il divorzio è pronunziato a sensi dell'articolo 310 e la separazione personale era stata concessa per adulterio, il coniuge colpevole non potrà sposare il proprio complice. Abbiamo veduto infatti (*supra*, n. 646) che la sentenza che converte la separazione in divorzio produce, senza retroagire, tutti gli effetti che si sarebbero verificati se, tre anni prima, fosse stato pronunciato il divorzio anzichè la separazione.

Sic Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 708.

769. La sentenza di separazione non è fondata sull'adulterio, ma la sentenza di conversione dichiara che il divorzio viene concesso pel motivo che, dopo la separazione personale, il coniuge contro cui questa fu ammessa, si rese colpevole di adulterio (art. 310 nuovo).

In questo caso è inapplicabile il nuovo articolo 298: chi decidesse il contrario farebbe derivare dalla sentenza di conversione un effetto che non si sarebbe verificato, qualora originariamente fosse stato pronunciato il divorzio in luogo della separazione personale (*supra*, n. 646).

La soluzione sarebbe naturalmente diversa se il coniuge offeso, anzichè chiedere la conversione in forza dell'articolo 310,

avesse intentata un'azione di divorzio, fondata sull'adulterio dell'altro commesso dopo la separazione.

Contra: DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 708.

III, 291 **770.** *Il codice penale del 1867 abrogò, nel Belgio, gli articoli 298 e 308, relativi alla condanna della moglie adultera da parte del tribunale civile.*

Queste disposizioni sono abrogate anche in Francia.

Sic, rispetto all'abrogazione nel Belgio, NYPELS, *Code pénal belge interprété*, I ediz., v. II, p. 221, n. 14, e II ediz., v. II, p. 567, n. 15.

§ 2. DEL DIVORZIO PER MUTUO CONSENSO.

III, 292 **771.** *In caso di divorzio per mutuo consenso, la legge, al fine di evitare che i coniugi agiscano colla speranza di rimaritarsi coll'oggetto di una nuova passione, non permise loro di passare ad altre nozze se non scorsi tre anni dal giorno in cui il divorzio fu pronunciato.*

Il motivo di questo impedimento, come è esposto dal Laurent, dimostra che il medesimo sussiste se, dopo che il divorzio è pronunciato e prima che i tre anni siano trascorsi, uno dei coniugi venga a morire. Non si potrebbe dire che questa morte libera uno dei coniugi: infatti, al momento in cui si verifica, non vi è più matrimonio, non vi sono più coniugi, ma due persone colpite da un'incapacità legale risultante da un atto che hanno compiuto.

Sic trib. Bruxelles, 1 giugno 1872, *Pasic.*, 1872, III, 172.

Sezione III. — Effetti del divorzio relativamente alla prole.

§ 1. Del divorzio per causa determinata.

N. 1. Diritti dei genitori.

772. *Il principio è che i figli vengono affidati al coniuge che ottenne il divorzio.* III, 293

Sopra richiesta del pubblico ministero o della famiglia, il tribunale può ordinare, nel miglior interesse della prole, che tutti o parte dei figli siano consegnati all'altro coniuge o ad un terzo (art. 302 del codice civile).

Per famiglia si deve intendere il consiglio di famiglia.

Su quest'ultimo punto, v. *infra*, n. 774.

Che il tribunale non possa statuire d'ufficio circa la cura dei figli, non è controverso.

Fu sostenuto ch'esso possa essere investito della quistione, non solamente dalla famiglia o dal pubblico ministero, ma anche dall'altro coniuge.

Una disputa su questo punto non può, evidentemente, sorgere se non ritenendo che la famiglia sia, come insegna il Laurent, il consiglio di famiglia. Infatti, se si riconosce facoltà d'intervenire a ciascun membro della famiglia (v. il n. 774), il coniuge convenuto, che fa parte della famiglia del figliuolo, avrà necessariamente il diritto di agire.

Se, al contrario, i parenti non possono intervenire, ma il solo consiglio di famiglia ha diritto d'investire il tribunale, è forza negare, col Laurent, tale facoltà all'altro coniuge.

Il coniuge che ottenne il divorzio non ne ha bisogno, poichè, avendo la cura del figlio, potrà affidarlo poi a chi crederà meglio.

Concedere al tribunale di agire sopra domanda dell'altro coniuge, sarebbe violare l'articolo 302. Questa disposizione stabilisce anzitutto la massima: i figli verranno affidati al coniuge che ottenne il divorzio. A tale principio è recata una deroga: il tribunale può decidere diversamente sopra domanda della

famiglia o del pubblico ministero. Aggiungere che il tribunale potrà pur pronunciare in modo diverso a richiesta dell'altro coniuge, sarebbe una nuova deroga al principio, che non è scritta nella legge.

A sensi di questa, fino a quando i due coniugi si trovano soli, l'uno di fronte all'altro, il conflitto che abbia potuto sorgere riguardo alla cura dei figli, deve necessariamente essere risolto in favore del coniuge che ottenne il divorzio. Se tale soluzione sembra inopportuna a terze persone, le quali, come il pubblico ministero o il consiglio di famiglia, non sono direttamente interessate nella controversia, il tribunale, sovra domanda di costoro, potrà modificare la regola generale.

Convien rilevare d'altronde che nulla vieta al coniuge convenuto di rivolgersi, sia al consiglio di famiglia, sia al pubblico ministero, per provocarne l'intervento.

Sic Bruxelles, 13 novembre 1889, *Belg. jud.*, 1890, 591, 915; *Pasic.*, 1891, II, 51; — trib. Bruxelles, 17 dicembre 1887, *Pasic.*, 1888, III, 54; — Gand, 9 luglio 1887, *Pasic.*, 1888, II, 46; Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 602, in nota; — trib. Liegi, 4 luglio 1885 e 30 ottobre 1884, Cl. e Bonj., v. XXXIII, 778; — Bruxelles, 26 gennaio 1882, *Pasic.*, 1882, II, 205; *Belg. jud.*, 1882, 579; *J. Trib.*, 1882, 160; Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 603, nota.

Contra: trib. Bruxelles, 22 novembre 1889, *Recueil de la jurisprudence en matière de divorce*, 1889, 280; — Parigi, 15 dicembre 1886, *Pand. fr. pér.*, 1887, 2, 74; Sir., 1888, 2, 217; — *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 1469 e s.; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 2790 e s.

Cfr. Liegi, 23 luglio 1896, *Pasic.*, 1897, II, 34.

773. La legge esige che il tribunale sia investito di una domanda della famiglia. Non basta dunque che il consiglio di famiglia abbia deliberato sulla questione; occorre inoltre che sia intervenuto nel giudizio.

Sic Gand, 8 luglio 1888, *Pasic.*, 1887, II, 46; — Bruxelles, 26 gennaio 1882, *Pasic.*, 1882, II, 205; *J. Trib.*, 1882, 160; *Belg. jud.*, 1882, p. 79; Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 603, nota.

774. L'articolo 302 dispone che il tribunale statuisce intorno alla cura dei figli sopra domanda della famiglia.

« Per famiglia, scrive il Laurent, si deve intendere il con-
« siglio di famiglia (n. 293); infatti, soltanto questo rappresenta
« gli interessi generali della famiglia ».

I lavori preparatorî del codice confermano questa soluzione. Il testo originario diceva: « I figli saranno affidati al coniuge che ottenne il divorzio, salvo che la famiglia, convocata da uno dei suoi membri, non creda, nel miglior interesse della prole, ecc. ».

Qui la parola « famiglia » voleva evidentemente significare consiglio di famiglia, poichè si parlava della famiglia convocata da uno dei suoi membri.

Questo progetto venne modificato in seguito all'osservazione del Cambacères « che sarebbe stato preferibile attribuire al tri-
« bunale la decisione delle difficoltà che l'articolo 74 (302 del
« codice) deferisce all'arbitrio della famiglia. Non si ebbero
« mai buoni risultati da simili riunioni di parenti, in cui non
« mancano prevenzioni e dove spesso fermenta l'odio ». Per effetto di questa censura, l'articolo fu adottato nel testo che passò nel codice (seduta del Consiglio di Stato del 22 fruttidoro anno X).

Nella nuova redazione, la parola « famiglia » ha certo l'istesso significato che aveva nella precedente, giacchè questa non venne modificata se non per attribuire al tribunale la missione di provvedere alla cura dei figli, che il progetto primitivo deferiva al consiglio di famiglia.

Adunque, secondo l'articolo 302 del codice civile, spetta al consiglio di famiglia e non a un membro di questa, il diritto di investire il tribunale.

La legge francese del 27 luglio 1884 ha rimesso in vigore puramente e semplicemente questa disposizione; perciò, così in Francia come nel Belgio, i membri della famiglia non hanno il diritto di agire individualmente.

Per contraddire a tale conclusione, si invocò, in Francia, il nuovo articolo 240, sostituito all'articolo 267 del codice per effetto della legge del 18 aprile 1886 (v. *supra*, n. 719).

Si dice: il nuovo articolo 240 attribuisce a ciascun membro della famiglia il diritto di chiedere che il tribunale ordini, nell'interesse dei figli, tutti i necessari provvedimenti interinali; ora, la decisione presa dal tribunale, quando statuisce sulla

questione di sapere a chi dovrà spettare, dopo il divorzio, la cura dei figli, ha carattere provvisorio; perciò ognuno dei membri della famiglia può provocarla.

Questo ragionamento è del tutto errato. Esso si fonda interamente sul falso principio che gli effetti del divorzio siano determinati, non già dalle disposizioni contenute nel capo III ad essi consacrato, ma nel capo II, che tratta delle forme del divorzio; e consiste nell'applicare alla situazione posteriore al divorzio e regolata dall'articolo 302, il nuovo articolo 240, introdotto, come dimostra la sua dizione e il posto che occupa nel codice, per regolare durante il corso del giudizio gli effetti della domanda di divorzio. Ancora, questo ragionamento prova troppo: se fosse vero, bisognerebbe ammettere che, in conformità all'articolo 240, il tribunale possa agire d'ufficio; il che condurrebbe all'abrogazione dell'articolo 302, incontestabilmente tuttodì in vigore.

L'unico argomento che si possa trarre dal nuovo articolo 240, è che il legislatore francese del 1886 volle conservare al solo consiglio di famiglia il diritto di richiedere al tribunale che statuisca circa la persona cui, dopo il divorzio, sarà affidata la cura dei figli; dai lavori preparatorî di questa disposizione risulta infatti (*supra*, n. 719), che i proponenti intesero modificare l'interpretazione della giurisprudenza belga, secondo la quale l'articolo 267 del codice civile (sostituito dal nuovo articolo 240) attribuisce al solo consiglio di famiglia la facoltà di richiedere i provvedimenti necessari nell'interesse della prole durante il giudizio di divorzio: il legislatore del 1886 non modificò nello stesso senso l'articolo 302, che s'interpretava ugualmente; perciò non volle reagire contro tale interpretazione.

Sic, rispetto al codice civile, Gand, 9 luglio 1887, *Pasic.*, 1888, II, 46; DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 603, nota; — Bruxelles, 26 gennaio 1882, *Pasic.*, 1822, II, 205; *J. Trib.*, 1882, 160; *Belg. jud.*, 1882, 579, e le conclusioni del ministero pubblico; — *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 1466.

Contra, rispetto alla legislazione francese, app. Parigi, 17 luglio 1886, D. P., 1887, 2, 211; SIR., 1888, 2, 129, e la nota; *J. Pal.*, 1888, 703 e la nota; *Pand. pér. fr.*, 1886, 2, 283.

Cfr. Cass. Fr., 28 febbraio 1893, D. P., 1893, 1, 279; SIR., et *J. Pal.*, 1893, 357; — 19 novembre 1888, *Pand. pér. fr.*, 1889, 1, 271.

Gli scrittori francesi sono divisi. Vedi DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 603.

775. A sensi dell'articolo 302, il tribunale può ordinare, nel miglior interesse dei figli, che tutti o parte di essi vengano affidati alle cure dell'altro coniuge o di un terzo.

I giudici hanno pertanto un potere affatto discrezionale: è in loro facoltà determinare, secondo le circostanze della causa, in quali condizioni il coniuge, che non ha la custodia del figlio, potrà vederlo.

Vi ha tuttavia un limite tracciato dalla legge medesima.

A norma dell'articolo 303, qualunque sia la persona cui vennero affidati i figli, i genitori conservano rispettivamente il diritto di sorvegliare il mantenimento e l'educazione della prole.

Il tribunale non può dunque vietare in modo assoluto ad uno dei coniugi di rivedere il figlio: per vero, così decidendo, priverebbe detto coniuge del diritto di sorveglianza che la legge espressamente gli riserva.

Una decisione simile potrebbe essere emessa soltanto in giudizio diretto a privare il genitore dell'esercizio della patria potestà.

Sic Bruxelles, 19 luglio 1890, *Pasic.*, 1891, II, 143; *Belg. jud.*, 1891, 49.

Cfr. giud. Bruxelles, 6 febbraio 1879, *Pasic.*, 1879, III, 358; — Cass. Fr., 24 luglio 1878, D. P., 1879, 1, 481; SIR., 1879, 1, 424; *J. Pal.*, 1879, 1093; — 1 agosto 1883, SIR., 1884, 1, 116; *J. Pal.*, 1884, 1, 258.

Sic, quanto al potere sovrano dei tribunali, riconosciuto da una giurisprudenza costante. Vedi in ispecie Cass. Fr., 28 febbraio 1893, SIR., 1893, 1, 357; D. P., 1893, 1, 206; — 3 gennaio 1893, SIR. e *J. Pal.*, 1893, 1, 251; D. P., 1893, 1, 517, e le autorità citate in nota; — *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 1486 e s. — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 2762 e s., ov'è citata tutta la giurisprudenza; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 605.

776. Si è sostenuto che la volontà dei genitori possa limitare il potere sovrano dei tribunali: se entrambi sono d'accordo, si dice, per affidare il figlio a una persona determinata, il tribunale non può disporre diversamente.

Questa tesi dev'essere respinta.

L'articolo 302 attribuisce al tribunale, regolarmente investito, l'assoluto diritto di ordinare quei provvedimenti che reputi utili alla prole. Si violerebbe questo precetto apportandovi una limitazione di cui esso non parla, nè alcun'altra legge.

Conviene rilevare inoltre che questa teorica poggia sopra un'impossibilità legale. Essa suppone un accordo intervenuto fra i genitori rispetto alla cura dei figli: simile convenzione, che concerne una cosa sottratta al commercio, è nulla; non si saprebbe dunque comprendere come, essendo priva di ogni efficacia giuridica, potrebbe limitare i poteri del tribunale.

Da ultimo, la tesi che combattiamo è contraria alla mente della legge. Questa sospetta l'affezione che i coniugi divorziati dimostrano verso la prole; per tal motivo appunto autorizza, nell'interesse della medesima, i terzi a intervenire nella disputa e rimette al magistrato la cura di statuire secondo il migliore vantaggio dei figli.

Cfr. trib. Bruxelles, 29 aprile 1896, *Pasic.*, 1896, III, 196; — Cass. Fr., 3 luglio 1893, D. P., 1894, 1, 23; Sir. e *J. Pal.*, 1893, 1, 424; *Pasic. fr.*, 1894, IV, 57; — 3 gennaio 1893, D. P., 1893, 1, 517 e la nota; — *J. Pal.*, 1893, 251; — Huc, v. II, n. 429; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 608.

777. Si dice ordinariamente che le decisioni dei tribunali, circa la cura dei figli dopo la pronuncia del divorzio, hanno un carattere essenzialmente provvisorio e sono sempre revocabili. Con ciò si vuol significare che se la posizione di fatto, sulla quale ha statuito il tribunale, viene a modificarsi, se, per esempio, l'interesse dei figli esige nuove provvidenze, gli aventi diritto possono ulteriormente rivolgersi all'autorità giudiziaria perchè regoli il nuovo stato di cose.

Circa il carattere provvisorio dei provvedimenti relativi alla cura dei figli, v. Liegi, 12 febbraio 1891, *Pasic.*, 1891, II, 173; — trib. Verviers, 14 maggio, 1890, Cl. e Bonj., 1890, 721; *Pasic.*, 1891, III, 71; — trib. Bruxelles, 27 marzo 1890, *Pasic.*, 1890, III, 219; *Belg. jud.*, 1890, 522; — in sede di appello, Bruxelles, 16 luglio 1890, *Belg. jud.*, 1891, 49; *Pasic.*, 1891, II, 143; — Louvain, 23 aprile 1887, *Pasic.*, 1887, III, 233; — Gand, 26 maggio 1886, *Belg. jud.*, 1886, 959; *Pasic.*, 1886, II, 371; — Liegi, 11 luglio 1881, *Pasic.*, 1881, II, 307; — Cass. Fr., 15 febbraio 1896, D. P., 1897, 1, 420; — 4 luglio 1893,

SIR., 1893, 1, 424; *Pasic.*, 1894, IV, 57; D. P., 1894, 1, 23; *Pand. pér. fr.*, 1895, 1, 87; — *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 1492 e s. — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 2782; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 609, e le autorità citate, *supra*, n. 718.

778. *Ciascuno dei coniugi divorzianti conserva il diritto di sorvegliare la cura e l'educazione della prole; esercita, in uguale misura, la patria potestà e deve sopportare le spese dell'educazione* (art. 303). III, 294

La direzione di questa appartiene alla persona che ha la cura effettiva del figlio; il diritto di correzione è riservato al coniuge cui il figlio vien confidato; se il figlio fu consegnato a un terzo, la potestà correzionale spetta al padre.

I genitori esercitano, durante il matrimonio, la patria potestà: è questo un effetto del matrimonio, sorto in costanza del medesimo, e che per conseguenza si conserva, malgrado il divorzio, salvo deroga espressa nella legge (v. *supra*, n. 758).

Allo scopo di risolvere le difficoltà che si presentano nell'applicazione del principio, è preferibile esaminare successivamente le conseguenze del divorzio rispetto a ciascuno dei diritti attribuiti ai genitori sulla persona dei figli (v. i nn. 779 a 783).

779. Gli articoli 302 e 303 determinano in qual misura i genitori conservano i loro poteri per ciò che concerne la cura, l'educazione e il mantenimento dei figli.

Come dice il Laurent nel n. 294, dalla lettera dell'art. 302 combinato col successivo, risulta che il padre o la madre, cui vien affidato il figlio, ha tutti i poteri che durante il matrimonio appartenevano ai genitori, in quanto riflette la custodia, l'educazione e il mantenimento.

Nondimeno, questi poteri sono limitati dal diritto di sorveglianza che l'articolo 303 riserva espressamente ai genitori cui è tolta la cura della prole; essi potranno dunque, ove del caso, rivolgersi al tribunale per far statuire ciò che reputano opportuno.

780. Gli articoli 375 e seguenti del codice accordano al padre, e alla madre dopo la morte di lui, un diritto di correzione sopra i figliuoli.

Questo potere sussiste anche dopo il divorzio?

Finchè il padre vive, ha egli solo, in forza degli articoli 375 e seguenti, il diritto di correzione; in caso di morte della moglie lo conserva anche passando ad altre nozze. Le disposizioni che gli concedono siffatta facoltà suppongono, come dimostra in modo chiaro il loro ravvicinamento cogli altri articoli dello stesso titolo, che il padre ha la cura del figlio ed esercita su di esso la patria potestà. Se dunque dopo il divorzio, il figlio viene affidato al padre, nulla vieta che quest'ultimo eserciti il diritto di correzione, che nessuna legge gli toglie e che gli apparterrebbe anche in caso di scioglimento del matrimonio per morte della moglie.

Il padre divorziato non avrà questo diritto allorchè il figlio non venga affidato a lui. Infatti, da un lato, il diritto di correzione, come è regolato dalla legge, suppone che il padre abbia la custodia del figlio: d'altro lato, concedendo al padre di far togliere il figlio alla persona che ne ha la cura, si verrebbe ad accordargli la facoltà di annullare gli effetti della prescrizione legale che autorizza od obbliga i giudici a non affidargli il figlio.

Invano il Laurent obbietta che la patria potestà sussiste anche dopo il divorzio, e che quindi deve sussistere eziandio il il diritto di correzione, che da quella deriva.

È vero che il padre conserva la patria potestà, ma soggetta a certe restrizioni in forza dell'articolo 302: una fra queste è la privazione della cura del figlio; donde viene ch'egli perda taluno degli attributi della patria podestà che, come il diritto di correzione, suppone in lui la custodia della prole.

Allorchè il figlio viene affidato alla madre, il padre, come vedemmo testè, non avrà il diritto di correzione; spetterà questo alla madre? No, poichè nessuna legge glielo conferisce; l'articolo 381 lo accorda soltanto alla madre superstite e non alla madre divorziata.

Il Laurent viene a diversa conclusione fondandosi sulla circostanza che la madre, avendo la patria potestà, deve avere anche il diritto di correzione che ne deriva.

Ma egli dimentica che se il diritto di correzione è un effetto dalla patria potestà, questo effetto non può tuttavia prodursi se

non nel modo regolato dalla legge. Ora la legge, se dichiara che la patria potestà conferisce il diritto di correzione alla madre superstite, non dice altresì che conferisca l'ugual diritto alla madre divorziata. L'errore della tesi del Laurent emerge pure da ciò che, supponendo nella madre divorziata il diritto di correzione, non è possibile sapere in qual modo essa dovrà agire: i motivi della disposizione speciale dell'articolo 381 non esistono poichè il padre conserva un diritto di vigilanza: perciò, non avendo la legge determinata la procedura che dovrebbe seguirsi, manca ogni ragione per applicare piuttosto l'art. 381 che l'articolo 377.

D'altronde, la teorica che stiamo esponendo non può nuocere al figlio. Se è utile che venga collocato in un istituto, la madre potrà chiedere al ministero pubblico che intervenga presso il tribunale perchè, in applicazione dell'articolo 302, ordini simile provvedimento.

Quando la custodia del figlio è affidata a un terzo, nè il padre, nè la madre, pei motivi ora svolti, hanno il diritto di correzione; ma possono pregare il ministero pubblico di richiedere che il tribunale, per applicazione del combinato disposto degli articoli 302 e 303, voglia ordinare il ricovero del figlio in un istituto di correzione.

Col prescrivere questo ricovero, il tribunale non esercita il diritto di correzione, ma si limita a designare, in esecuzione dell'articolo 302, il direttore della casa di correzione come la persona cui dev'essere affidata la cura del figlio.

Contra: Huc, v. II, n. 431.
Cfr. Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 617.

781. Sul diritto di emancipare i figli dopo il divorzio, vedi Laurent, v. V, n. 199.

782. La questione se il divorzio produca l'effetto di far cessare i poteri del padre come amministratore legale dei beni dei figli verrà esaminata nel Commento del titolo IX.

783. Rispetto al domicilio del figlio minorenne che non fu affidato al padre, v. *supra*, n. 298.

784. Gli articoli 302 e 303 hanno unicamente lo scopo di regolare la condizione speciale del figlio i cui genitori più non convivono, essendo stato il loro matrimonio sciolto pel divorzio.

Quando cessa questo stato di cose, cadono anche i provvedimenti cui il medesimo diè luogo.

Per conseguenza, se uno dei coniugi muore, l'altro, nonostante qualsiasi decisione relativa alla cura dei figli, viene a ritrovarsi, dal giorno della morte, rispetto alla custodia, il mantenimento e l'educazione della prole, nella condizione in cui sarebbe stato se il matrimonio avesse durato fino allora.

Sic Parigi, 24 giugno 1892, D. P., 1893, 2, 81, e v. la nota del de Loynes, SIR. et *J. Pal.*, 1893, 2, 228; — Cass. Fr., 13 agosto 1884, D. P., 1885, 1, 40; SIR., 1885, 1, 80; *J. Pal.*, 1885, 166; *Pand. fr.*, *Chron.*, VI, I, 297, che annulla Parigi, 7 luglio 1882, D P., 1883, 2, 145; SIR., 1883, 2, 219; *J. Pal.*, 1883, 1107; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 523; — HUC, v. II, n. 434.

Contra: *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 2814.

785. Quando il divorzio vien pronunziato per conversione della separazione personale, i suoi effetti sono identici a quelli che si sarebbero prodotti, dove fosse stato ammesso per causa determinata in favore del coniuge che ottenne la separazione.

Infatti, o si ritiene che gli articoli 302, 303 sono applicabili alla separazione personale, e allora, essendo gli effetti della separazione personale uguali a quelli del divorzio, saranno mantenuti; o si pensa che i menzionati articoli non governino la separazione, e allora dovranno essere applicati, senza retroattività, a far tempo dal divorzio, come lo sarebbero stati se originariamente fosse stato pronunciato il divorzio in luogo della separazione personale (*supra*, n. 646).

N 2. DIRITTI DEI FIGLI.

III, 295 **786**. *Il divorzio non modifica i diritti legali e convenzionali dei figli sui beni dei loro genitori e neppure i diritti di successione spettanti a quest' ultimi sui beni della prole.*

787. *Il coniuge, contro il quale fu pronunciato il divorzio, perde l'usufrutto sui beni dei figli.* III, 296

In caso di decadenza del padre, l'usufrutto passa alla madre, poichè questa esercita allora la patria potestà.

Quest'ultimo punto è ancora oggi controverso e la questione è assai delicata.

L'articolo 384 non concede alla madre l'usufrutto sui beni dei figli se non dopo la morte del marito: non è dunque in questa disposizione ch'essa può ricercare il diritto di pretendere l'usufrutto, quando il divorzio fu pronunciato contro il marito. Neppure le sarà lecito invocare l'articolo 386, che è l'altra sola norma in argomento, giacchè detto articolo si limita a stabilire due cause d'estinzione dell'usufrutto. In caso di divorzio, essa non è dunque usufruttuaria, poichè nessuna legge la dichiara tale.

Quando la moglie, dice il Laurent, ottenne il divorzio, ha la patria potestà; ora, il godimento dei beni dei figli è uno degli attributi della patria potestà, e quindi la donna deve poterlo esercitare. Questo argomento dimostra che il legislatore avrebbe forse operato saggiamente concedendo l'usufrutto dei beni dei figli alla moglie che ottenne il divorzio, ma non prova che lo abbia fatto.

Chè anzi, l'articolo 386 attesta come il legislatore abbia ragionato ben diversamente dal Laurent. L'illustre scrittore sostiene infatti che, per semplice applicazione dei principî generali, la moglie che ottenne il divorzio ha diritto all'usufrutto, spettante sino allora al marito. Gli autori del codice, al contrario, ritennero necessario di dichiarare, nell'articolo 386, che il padre, contro cui venga pronunciato il divorzio, perde l'usufrutto sui beni del figlio. Essi reputarono dunque che questa conseguenza del divorzio non si sarebbe verificata di pien diritto e che, contrariamente all'opinione del Laurent, il divorzio pronunciato contro il marito non lo avrebbe, per semplice applicazione dei principî generali, spogliato dell'usufrutto a favore della moglie.

È a rilevare, infatti, che la donna, la quale ottenne il divorzio, non ha sempre la cura dei figli e che, per conseguenza,

non vi è motivo di accordarle sempre il godimento dei loro beni.

Se il marito viene a morire dopo il divorzio, la madre superstite, contro la quale fu pronunciato il divorzio, acquista l'usufrutto dei beni dei figli.

Sic ARNTZ, v. I, n. 474; — *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 1533 et s.; — HUC, v. II, n. 432; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 598. *Contra :* Courtrai, 3 luglio 1896, *Pasic.*, 1897, III, 34.

788. Quando il divorzio è ammesso per conversione della separazione personale, il coniuge, contro cui questa fu pronunciata, decade dall'usufrutto legale. Infatti, la sentenza di conversione crea, senza retroagire, la situazione che si sarebbe verificata se, originariamente, fosse stato ordinato il divorzio anzichè la separazione personale.

Sic DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 715.
Cfr. *infra*, n. 794, 795, 810.

§ 2. Del divorzio per mutuo consenso.

III, 297 **789.** *Gli effetti del divorzio per mutuo consenso relativamente alla patria potestà sono identici a quelli del divorzio per causa determinata, salvo che nel primo caso la persona cui deve essere affidato il figlio viene designata dalla convenzione che i coniugi dovettero fare in precedenza* (art. 280). *I coniugi debbono pure anticipatamente determinare quale dei due avrà l'usufrutto legale* (art. 279).

Quest'ultima soluzione è controversa. Essa deriva direttamente dalla locuzione dell'articolo 279 del codice civile, che obbliga i coniugi a regolare i loro reciproci diritti, cioè a determinare gli effetti che lo scioglimento del matrimonio recherà alla loro condizione pecuniaria, quale risultava in costanza delle nozze. Ora, uno degli effetti del matrimonio è di attribuire al padre l'usufrutto legale. I coniugi sono tenuti pertanto a stabilire a chi spetterà questo diritto una volta pronunciato il divorzio: se non lo fanno, i tribunali debbono, come dice il Laurent, rifiutarsi ad ammettere il divorzio.

Contra: *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 1544 e s.; — ARNTZ, v. I, n. 477, i quali insegnano che il padre conserva l'usufrutto; WILLEQUET (p. 277, n. 4) il quale è d' avviso che l' usufrutto appartenga al genitore che ha la cura del figlio.

790. *In caso di divorzio consensuale, il figlio conserva non solo i suoi diritti legali e convenzionali sui beni dei genitori, ma ancora, dal giorno della prima dichiarazione dei coniugi, acquista di pien diritto la proprietà di metà dei beni di ciascuno. Siffatto acquisto non è però soggetto a collazione, nè a riduzione, perchè non costituisce una liberalità* (art. 305). III, 298

La legge dice che il figlio acquista di pien diritto la proprietà dei beni. Ne segue che fin quando non sia seguíta la divisione fra lui e i genitori, non solo ha contro di essi un diritto di credito fino a concorrenza di metà delle loro sostanze, ma è comproprietario indiviso di tutti i loro beni.

Sic trib. Bruxelles, 4 aprile 1888, *Pasic.* 1888, III, 189; *Pand. pér. belges*, 1888, 1129.

791. *Non occorre che l'acquisto fatto dai figli venga trascritto, perchè non è atto traslativo di proprietà, mentre il trasferimento si verifica di pien diritto.* III, 299

La questione è controversa: essa va decisa alla stregua dei principî accolti dal codice in tema di privilegi e d'ipoteche e non ha mestieri d'essere qui esaminata.

Su questa difficoltà. v. trib. Bruxelles, 4 aprile 1888, *Pasic.*, 1888, III, 189; *Pand. pér. belges*, 1888, n. 1129.

792. *I genitori conservano, fino alla maggiore età del figlio, l'usufrutto della metà dei beni che gli si devolvono, coll'onere di provvedere al mantenimento e all'educazione di lui. Se il figlio muore, l'usufrutto cessa.* III, 300

Se muore uno dei genitori, l'usufrutto ha fine, ma vien sostituito dall'usufrutto sulla totalità dei beni stabilito dall'articolo 384.

In caso di morte del figlio, l'onere che motiva l'usufrutto accordato dall'articolo 305, scompare colla patria potestà; deve quindi venir meno anche l'usufrutto, corollario di quest'onere e attributo del potere paterno.

È vero che, a sensi dell'articolo 620 del codice, l'usufrutto accordato « fino a che un terzo abbia raggiunta una determinata età, dura sino a questo momento, quantunque il terzo sia venuto a morire prima del tempo fissato ».

Questa disposizione, cui le parti possono derogare, non è applicabile alla nostra specie.

Essa mira a risolvere la controversia che si agitava sulla questione che esisteva riguardo agli usufrutti convenzionali o testamentari, e trova motivo nella considerazione che « l'epoca in cui il terzo avrebbe raggiunta l'età fissata, qualora fosse vissuto, si reputa designata unicamente nell'interesse dell'usufruttuario e per stabilire la durata del godimento ». (Discorso del Gary, oratore del tribunato; LAURENT, vol. VII, n. 55). Ora, se l'articolo 305 concede l'usufrutto fino alla maggiorità del figlio, quest'epoca non fu stabilita unicamente per indicare la durata del godimento; ma venne così determinata per la ragione che, durante tale periodo, i genitori hanno l'onere del mantenimento e della educazione del figlio; per questo motivo, il testo originario dell'articolo 384 determinava del pari la maggiorità del figlio come termine dell'usufrutto dei genitori.

In realtà, come osserva il Laurent, l'usufrutto accordato dall'articolo 305 ha natura identica a quello stabilito dall'articolo 384. L'unica differenza sta nel termine del godimento e dipende dalle modificazioni apportate all'articolo 384 nel corso della discussione. Perciò l'usufrutto concesso dall'articolo 305 deve, al pari di quello regolato dall'articolo 384, cessare colla morte del figlio.

Contra: *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 1567.

Sezione IV. — Effetti pecuniari del divorzio.

§ 1. Del divorzio per causa determinata.

N. 1. Revoca delle liberalità.

793. *In caso di divorzio per causa determinata, il coniuge contro il quale fu pronunciato il divorzio, soggiace a una penalità che consiste nella perdita di tutti i beni che l'altro gli ha consentito per contratto di matrimonio o durante il medesimo. Per l'opposto, il coniuge che ottenne il divorzio, conserva i lucri concessi dall'altro, ancorchè siano stati convenuti con clausola di reciprocità e questa non abbia luogo.* III 301-302

794. *Nel caso dell'articolo 310, la revoca non ha luogo contro il coniuge che ottenne la separazione personale.* III, 303

Sic Liegi, 20 gennaio 1883, *Pasic.*, 1883, II, 262; — *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 1389; — Arntz, v. I, n. 466; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 709. Cfr. *supra*, n. 646, *infra*, n. 810.

795. Nel caso dell'articolo 310, la revoca non ha luogo contro il coniuge che ottenne la separazione personale; ma si verifica a danno del coniuge contro il quale la separazione fu pronunciata?

La questione non può sorgere se non allorchè si ritenga, come fa il Laurent, che l'articolo 299 sia inapplicabile alla separazione personale (*infra*, Laurent, v. III, n. 354).

In questa ipotesi, la revoca dev'essere conseguenza del divorzio; e noi abbiamo veduto, che la sentenza di conversione crea, senza effetto retroattivo, la condizione di cose che si sarebbe verificata se, fin da principio, fosse stato pronunciato il divorzio anzichè la separazione personale (*supra*, n. 646).

Cfr. *supra*, n. 794; *infra*, n. 810.

796. *La decadenza non concerne i diritti spettanti al coniuge colpevole come proprietario o socio, per esempio sulla dote o sui lucri e gli utili che possono risultare a di lui vantaggio* III, 304

dalla stipulazione della comunione legale o dalla comunione universale.

La decadenza non si estende alla domanda fatta da un terzo.

Essa si applica a tutte le liberalità concesse dall'altro coniuge, anche per testamento.

La decadenza colpisce tutte le liberalità, in qualunque forma fatte; se, quindi, la stipulazione della comunione universale ebbe unicamente lo scopo di lucrare una donazione fatta al coniuge colpevole dall'altro, sarà applicabile la decadenza.

Riguardo all'inapplicabilità della decadenza agli utili della comunione, *sic* Cass. B., 29 ottobre 1874, *Pasic.*, 1875, I, 7; *Belg. jud.*, 1875, 149; — *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 1421; — Huc, v. II, n. 404; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 2660 e s.; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 573. — Cfr. Cass. Fr., 30 luglio 1889, Sir., 1892, 1, 381; *Pand. pér. fr.*, 1890, 1, 172; D. P., 1890, 1, 428.

Rispetto alle donazioni larvate, *sic* Chambery, 4 maggio 1872, D. P., 1873, 2, 129; Sir., 1873, 2, 217; *J. Pal.*, 1873, 885; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 2665; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 572 e 573. — Cfr. Cass. B., 29 ottobre 1874, precitata; — Gand, 24 aprile 1873, *Pasic.*, 1873, II, 296; *Belg. jud.*, 1873, p. 949; — trib. Bruges, 26 febbraio 1872, *Pasic.*, 1872, III, 234; *Belg. jud.*, 1872, p. 650, riferite entrambe in Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 573; — Arntz, v. I, n. 466.

Relativamente alle donazioni fatte da un terzo, *sic* Gand, 31 luglio 1886, *Pasic.*, 1887, II, 10; *Belg. jud.*, 1886, 1139; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*. n. 576.

Quanto alle liberalità per testamento, *sic Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 1414 e s.; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 572; — Huc, v. II, n. 404.

Circa il patto di precapienza, v. Laurent, vol. XXIII, n. 351.

797. L'articolo 299 si limita a dire che il coniuge colpevole decade dai vantaggi concessigli dall'altro sia nel contratto nuziale, sia durante il matrimonio.

Si dovrà concludere da ciò che la decadenza non si applica ai lucri consentiti al colpevole dall'altro coniuge prima delle nozze, all'infuori del contratto?

Se furono stipulati in contemplazione del matrimonio ed hanno carattere identico a quello dei lucri risultanti dal contratto nuziale, saranno colpiti dalla decadenza. Infatti, il legislatore ha voluto spogliare il coniuge, che violò la legge del matrimonio e colla sua cattiva condotta diè causa al divorzio, di tutti i lucri consentitigli dall'altro in vista della loro unione. Ora, poco importa, a questo riguardo, che la liberalità risulti o meno dal contratto nuziale. Il legislatore non contemplò espressamente nell'articolo 299 le donazioni che, per essere anteriori al matrimonio, non furono inserite nel contratto, a motivo del loro carattere eccezionale. La prova che non intese escluderle dalla decadenza risulta dall'articolo 300 che è correlativo all'articolo 299 e non distingue in quali circostanze sia stata fatta la liberalità.

Questa soluzione è confermata dai lavori preparatori, i quali dimostrano che il coniuge colpevole deve essere privato di tutto quanto l'altro gli aveva donato: « Interessi minori » diceva il Savoye-Rollin, nella sua relazione al Tribunato « ma che lo spi-« rito della legge contempla, fanno distinguere il coniuge ac-« cusatore dal coniuge accusato: il primo conserva i lucri che « il secondo gli aveva assicurati, e quest'ultimo perde tutti « quelli che aveva ottenuti ». (Seduta del 27 ventoso anno XI).

Sic Pand. fr., Rép., v. *Divorce*, n. 2769; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 574.

Contra: trib. Orange, 18 novembre 1890, D. P., 1891, 3, 111, che sembra contemplare specialmente i regali di nozze (v. il numero seguente).

798. I regali di nozze non menzionati nel contratto di matrimonio e fatti, prima della celebrazione, al coniuge colpevole dall'altro, saranno pure revocati?

È una semplice questione di fatto.

Se vi fu una liberalità, vale a dire reale arricchimento del coniuge colpevole, manca ogni motivo per derogare alla regola generale.

Se, al contrario, questi doni non presentano alcun valore di fronte alla sostanza delle parti, se furono fatti, non per arricchire il donatario, ma per dargli un ricordo d'affetto, se, in

altri termini, cadono nella categoria dei regali d'uso, contemplati dall'articolo 852, non vi sarà revoca, mancando una vera liberalità. Per questo motivo appunto siffatti doni non sono soggetti a collazione (art. 852) e non sono revocabili per sopravvenienza di figli (LAURENT, v. XIII, n. 71).

Sic trib. Orange, 18 novembre 1890, D. P., 1891, 3, 111; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 2670 e s.; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 575.

III, 305 **799.** *La decadenza stabilita dall'articolo 299 è una pena che la legge pronunzia e che si incorre di pien diritto. Il coniuge a cui favore si verifica non può rinunziarvi anticipatamente, ma solo dopo che si è compiuta, nel senso che può fare una nuova donazione o un nuovo testamento.*

Durante il giudizio di divorzio, potrebbe l'attore validamente obbligarsi, a titolo gratuito, a corrispondere, conseguito il divorzio, una pensione al convenuto?

Una simile convenzione sarebbe nulla, perchè immorale e contraria all'articolo 299.

Sarebbe immorale. Il divorzio non può essere pronunciato se non quando il convenuto ha violata la legge matrimoniale: promettergli una liberalità pel caso che il divorzio venga ordinato equivale ad assumere l'impegno di gratificarlo, se dal giudizio risulti che si è reso colpevole di un'azione che la legge vieta nell'interesse dell'ordine pubblico; una tale obbligazione, subordinata alla prova dell'immoralità della persona in cui favore fu assunta, è contraria ai buoni costumi.

Essa violerebbe inoltre l'articolo 299. Questo commina al coniuge colpevole una penalità che consiste nella perdita di tutte le liberalità consentitegli dall'altro durante il matrimonio; ora, il diritto di credito che la promessa attribuisce al coniuge colpevole è certamente una liberalità consentita durante il matrimonio, e quindi dev'essere revocato.

Si obbietta, è vero, che l'articolo 299 del codice contempla soltanto i lucri accordati in contemplazione del matrimonio, mentre qui si tratta di una liberalità fatta in vista del divorzio.

Questa obbiezione, da un lato introduce nel testo dell'articolo 299 una distinzione che non vi è scritta, dall'altro dimostra il carattere immorale della stipulazione, attribuendole come causa determinante la prova della cattiva condotta del coniuge colpevole o il fraudolento consenso ad un'ingiustificata rottura del vincolo coniugale.

Sic Pand. belges, v. *Divorce*, n. 1423.

Contra: Gand, 22 marzo 1885, *Pasic.*, 1885, II, 245; *J. Trib.*, 1885, 493, che riforma la sentenza del trib. di Bruges, 26 marzo 1884, *Pasic.*, 1884, III, 211.

Confr. Douai, 24 febbraio 1887, DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 577.

Sic, rispetto alla decadenza di pien diritto, Douai, 24 febbraio 1887, DALL., *Rép.*, *Supp.*, *Divorce et séparation de corps*, n. 577.

Sic, rispetto alla rinuncia fatta prima o allorchè il divorzio è pronunciato, ARNTZ, v. I, n. 466; — DALLOZ, *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 571; — HUC, v. II, n. 410. — Confr. Douai, 24 febbraio 1887, precitata e il numero seguente.

800. I coniugi non possono includere, nel loro contratto di matrimonio, una clausola che deroghi all'articolo 299 in quanto commina una decadenza contro il coniuge colpevole.

Ma non potrebbero essi derogare all'articolo 300, in quanto conserva al coniuge innocente le donazioni da lui ricevute, e convenire che, in caso di divorzio, s'intenderanno revocate tutte le liberalità reciprocamente consentite?

Una tale stipulazione sarebbe nulla perchè contraria ai buoni costumi. Infatti essa vuol significare che se uno dei coniugi violò la legge matrimoniale, ad esempio rendendosi adultero, e l'altro riesce a dimostrarlo in giudizio ed ottiene il divorzio, il colpevole, contro cui fu offerta la prova e perchè questa fu data, ne ricaverà il beneficio di rientrare in possesso di tutto quanto donò al proprio coniuge (V. il numero precedente).

Sic HUC, v. II, n. 410.

Contra: DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 571.

801. *La revoca non ha effetto retroattivo. Perciò, prima che si verifichi, il coniuge colpevole può disporre validamente delle cose donate, ma rimarrà debitore verso il donante di quanto* III, 306

ebbe a ricavare dall'alienazione. Gli atti di disposizione posteriori al divorzio sono nulli, quantunque i terzi abbiano contrattato ignorando il divorzio, poichè nessuna legge prescrive speciali norme di pubblicità.

Sic Pand. belges, v. *Divorce*, n. 1401 e s.; — DALL., v. *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et separation de corps*, n. 582; — HUC, v. II, n. 408.

III, 307 **802**. *Il coniuge che ottenne il divorzio conserva le liberalità fattegli dall' altro, col carattere che avevano* (V. gli art. 1452, 1518 del codice civile). *Perciò le donazioni, seguíte durante il matrimonio, rimangono revocabili.*

L'articolo 300 non mira a fare al coniuge che ottenne il divorzio una posizione migliore di quella che avrebbe avuto se il matrimonio non fosse stato disciolto: questa disposizione ha unicamente lo scopo d'impedire che, in conseguenza del divorzio, abbia il detto coniuge a risentire un danno.

Come osserva il Treilhard, nell'esposizione dei motivi, « si « dovrebbe distinguere il coniuge attore le cui doglianze sono « giustificate, dal coniuge convenuto di cui sono provati gli « eccessi. Il primo non può e non deve essere esposto alla « perdita di nessuno dei lucri che il secondo consentì in suo « favore, ma potrà conservarli nella loro integrità ». (Seduta del Corpo legislativo, 30 ventoso anno XI).

Ora, se le donazioni fatte durante il matrimonio divenissero irrevocabili, il coniuge che ottenne il divorzio non solo non avrebbe una perdita, ma conseguirebbe un beneficio, ciò che la legge non volle.

Sic trib. Fougères, 4 gennaio 1893, SIR. e *J. Pal.*, 1895, 2, 285; — *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 1441 e s.; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 2699; — DALLOZ, *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 584; — HUC, v. II, n. 409.

Cfr. ARNTZ, v. I, n. 468.

803. Quando entrambi i coniugi ottengono il divorzio, ciascuno di essi perderà, per applicazione dell'articolo 299, le li-

beralità consentitegli dall'altro; infatti il divorzio sarà stato ammesso contro entrambi.

Sic Besançon, 28 aprile 1878, D. P., 1878, 2, 63; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 2689; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 585.
Confr. *infra*, n. 809.

N. 2. Della pensione alimentare.

804. *Il coniuge che ottenne il divorzio ha diritto, qualora versi in bisogno ed anche se i suoi genitori potrebbero somministrargli gli alimenti, di reclamare dall'altro una pensione alimentare* (art. 301). *Questa dev' essere accordata colla decisione che ammette il divorzio. Essendo governata dai principî generali sugli alimenti, ben può, contrariamente alla lettera dell'articolo 301, eccedere la terza parte dei redditi del coniuge convenuto, essere stabilita tenendo conto non pure delle rendite, ma eziandio del capitale del di lui debitore, cioè secondo il bisogno del creditore e le risorse del debitore. Vien meno alla morte di quest'ultimo.*

III 308-311

L'interpretazione dell'articolo 301 del codice forma tuttora oggetto di viva controversia: non possiamo accogliere la teorica esposta dal Laurent.

L'illustre scrittore, dopo aver giustamente rilevato che il coniuge innocente non può esercitare il suo diritto ad una pensione alimentare se non nei limiti stabiliti dall'articolo 301, ne deduce, a torto, come vedremo, che la pensione dev'essere concessa colla sentenza che ammette il divorzio; poscia, abbandonando tosto i principî allora allora stabiliti, equipara interamente l'obbligazione che deriva dall'articolo 301 a quella che risulta dagli articoli 212 e 214 del codice, la considera governata dalle regole relative ai crediti alimentari ordinari, giungendo alla conclusione, che la pensione deve computarsi tenendo conto insieme del capitale e delle rendite, e che può eccedere la terza parte del reddito, sebbene l'articolo 301 dichiari espressamente che ciò non avviene.

Questa conclusione, manifestamente contraria alla lettera della legge, deve far dubitare della verità dell'equiparazione che il

Laurent fa tra il diritto alla pensione concessa dall'articolo 301 e l'obbligo alimentare, equiparazione donde necessariamente deriva tale conclusione.

Per effetto del divorzio, scompaiono gli obblighi che derivano dal matrimonio: i coniugi non si debbono più fedeltà, nè soccorso, nè assistenza (V. *supra*, n. 758). Peraltro, sarebbe stato evidentemente ingiusto permettere che il coniuge innocente, obbligato dalla cattiva condotta dell'altro a chiedere lo scioglimento del matrimonio, subisse un danno in causa di ciò: per tal motivo, l'articolo 300 gli conserva i lucri concessigli dallo sposo. Può nondimeno accadere che non gliene sia stato consentito alcuno, o che quelli stipulati non siano sufficienti a dargli da vivere: in questa ipotesi, il divorzio sarà di pregiudizio al coniuge innocente, il quale avrebbe potuto, perdurando il matrimonio, esigere, in forza dell'articolo 212, che l'altro provvedesse al suo sostenimento; per compensarlo, l'art. 301 gli attribuisce il diritto a una pensione alimentare.

Questo diritto ha comune qualche carattere coi crediti alimentari, appunto perchè viene concesso per risarcire il coniuge che ottenne il divorzio del danno che gli cagiona la cessazione del diritto che gli spettava di pretendere dall'altro gli alimenti. Ma, essendo introdotto allo scopo di riparare a una perdita, qualora questa cessi, il diritto di cui parliamo verrà ad estinguersi; e la legge dice infatti che la pensione è revocabile se ne vien meno la necessità.

La pensione di cui ci occupiamo è detta dalla legge alimentare, in causa della menzionata affinità tra il diritto agli alimenti e quello concesso dall'articolo 301, ma errerebbe chi da ciò concludesse a una completa identità fra la pensione medesima e gli alimenti.

I due diritti hanno diversa natura. Infatti il titolare della pensione non ha vincoli di sorta col proprio debitore, e il suo diritto nasce proprio nel momento in cui s'infrangono i legami che univano l'uno all'altro; per l'opposto, il titolare del secondo è vincolato col suo debitore e il suo diritto sorge appunto in causa di questi vincoli.

Chi confonde i due diritti è fatalmente tratto a disconoscere gli effetti essenziali del divorzio. Se, come afferma l'illustre

scrittore, la pensione di cui all'articolo 301, è soggetta alle regole che governano le obbligazioni alimentari, bisogna ammettere, come egli fa, che essa debba variare secondo i mezzi del debitore e i bisogni del creditore, o, in altri termini, che l'obbligo alimentare nascente dal matrimonio, continui a sussistere in favore dal coniuge che ottenne il divorzio. Ma sarebbe la più flagrante violazione del principio fondamentale che il divorzio fa cessare gli effetti del matrimonio.

Se fosse giusta la tesi del Laurent, il coniuge contro cui fu pronunciato il divorzio e che passò a nuove nozze con una donna ricca, potrebbe, in causa di questo secondo matrimonio, essere condannato a pagare alla sua ex-moglie una pensione più rilevante; e anche ciò dimostra l'errore della teorica che respingiamo.

Ma, si osserva, secondo l'esplicito disposto della legge, la pensione può essere revocata quando abbia cessato di essere necessaria: secondo il testo, se i bisogni scompaiono, anche la pensione vien meno; per conseguenza, se diminuiscono, dovrà essere diminuita con essi; è questa l'applicazione del principio che governa tutti quanti gli obblighi alimentari.

I lavori preparatorî ci dimostrano che la cosa è assai diversa.

Il primo progetto dell'articolo 301 recava: « Se i coniugi non « convennero veruna liberalità, o se quelle stipulate non sem- « brano sufficienti a risarcire il coniuge che ottenne il divorzio, « potrà il tribunale accordargli, sui beni dell'altro, una pensione « che non sarà mai minore della sesta, nè maggiore della terza « parte delle rendite di costui ». Il Consiglio di Stato approvò la proposta senza discussione; ma la sezione di legislazione del Tribunato suggerì di emendarla nel senso che il coniuge, titolare della pensione, dovesse perderla passando a seconde nozze: l'articolo venne in seguito redatto come si legge ora nel codice.

Adunque la disposizione dell'articolo 301, a termini della quale le pensione si estingue se ne vien meno la necessità, non è altro che la generalizzazione dell'emendamento proposto dalla sezione legislativa del Tribunato, in forza di cui la pensione cesserà se il beneficiario passerà a nuovo matrimonio.

Da ciò non si può concludere che il legislatore abbia voluto sottoporre questa pensione ai principî che governano i debiti alimentari. Intesa così, la disposizione sarebbe inutile e, in ogni caso, incompleta, giacchè, se stabilisce che la pensione, divenuta superflua, venga a cessare, non dichiara decaduto il credito quando scompaiono le risorse del debitore.

Non si può parlare d'indennità, obbietta il Laurent, perchè « come si comprenderebbe un'indennità la quale non può ec« cedere la terza parte dei redditi del debitore, sebbene il pre« giudizio sia più elevato? Se si trattasse di un indennizzo, il « credito, una volta stimato, entrerebbe nel patrimonio del co« niuge creditore, che non potrebbe più esserne privato. Non« dimeno la legge dichiara che la pensione alimentare è revo« cabile quando cessi di essere necessaria ».

L'illustre scrittore dimentica l'indole particolare del danno che la pensione tende a risarcire. Essa fu introdotta per compensare il coniuge che ottenne il divorzio e che avrebbe avuto fino allora diritto agli alimenti, del pregiudizio che il divorzio gli cagiona, producendo l'estinzione di quel diritto. Ora, tale diritto si estingue nel caso in cui il coniuge, cui appartiene, cessi di trovarsi in bisogno; è naturale che si revochi, nella ipotesi medesima, la pensione che lo sostituisce. Se così non fosse, il coniuge, creditore della pensione, conseguirebbe un lucro.

La legge vieta che la pensione ecceda la terza parte delle rendite del debitore. Essa ha considerato che, se è equo che il coniuge il quale ottenne il divorzio sia compensato, in certa misura, del danno risentito dal punto di vista alimentare, non si deve d'altro lato, essendo disciolto il matrimonio, obbligare il coniuge colpevole a soccorrere il proprio sposo come se le nozze durassero ancora; conseguentemente, la legge stabilì per la pensione un massimo uguale a quello in cui determinò che la moglie, separata di beni, contribuisca agli oneri matrimoniali (art. 1537, 1575).

La pensione alimentare, che l'articolo 301 accorda al coniuge che ottenne il divorzio, costituisce pertanto un'indennità destinata a risarcire il danno ch'esso risente perdendo, in conseguenza del divorzio, il diritto, in quel momento a suo favore

quesito, di reclamare gli alimenti dall'altro. Non si tratta dell'esecuzione dell'obbligo alimentare imposto dall'articolo 212.

Donde molteplici conseguenze.

Anzitutto, l'indennità va calcolata secondo i mezzi del debitore e i bisogni del creditore al tempo in cui vien pronunciato il divorzio, perchè il danno si verifica allora.

Se più tardi il patrimonio del debitore o quello del creditore vengono a modificarsi, la pensione non muterà contemporaneamente. Non trattasi, infatti, di un debito alimentare, e la legge ammette un'unica modificazione alla pensione: la revoca resultante dalla circostanza che la medesima sia divenuta inutile. Essa rimane dunque dovuta anche in caso di diminuzione dei mezzi del debitore.

Dal fatto che l'obbligazione non ha carattere alimentare, risulta altresì che il debito della pensione si trasmette agli eredi del debitore. È vero che, se il matrimonio non fosse stato disciolto dal divorzio, la morte del coniuge debitore avrebbe estinto il credito alimentare dell'altro. Questa differenza dipende appunto da ciò, che nell'un caso si tratta di un debito alimentare da soddisfarsi durante il matrimonio, mentre nell'altro è questione d'un indennizzo che dev'essere pagato dopo lo scioglimento del vincolo nuziale.

L'articolo 301 dichiara esplicitamente che la pensione non può eccedere la terza parte del reddito. Non vi è motivo per non osservare questa disposizione. Il Laurent ne ha concluso che la quota può essere oltrepassata e che non si deve tener conto unicamente delle rendite perchè sostituì all'obbligazione derivante dell'articolo 301, l'obbligo alimentare stabilito dall'articolo 212.

La legge non richiede che la pensione sia accordata dalla sentenza che ammette il divorzio. Il coniuge che vi ha diritto non decade quindi dalla pensione per ciò che non l'abbia reclamata prima della pronuncia del divorzio. Nondimeno, allorchè la domanda sia posteriore al divorzio, il tribunale deve calcolarla secondo la reciproca condizione delle parti all'epoca dello scioglimento del matrimonio, poichè il diritto sorse allora. La tesi del Laurent che la pensione debba essere accordata, sotto pena di decadenza, dal provvedimento che ammette il

divorzio, deriva dal considerare ch'egli fa la pensione come un debito alimentare: era forza ne concludesse che, una volta disciolto il matrimonio, i coniugi non hanno più vincoli, e quindi non si debbono più assistenza, nè possono reclamare alcunchè.

Dal carattere d'indennità che presenta la pensione risulta, da ultimo, che essa è dovuta, anche se il coniuge che la chiede abbia diritto di pretendere gli alimenti da un terzo.

Sic trib. Bruxelles, 7 agosto 1885, *Pasic.*, 1886, III, 281; *J. Trib.*, 1885, 1156; — Parigi, 16 maggio 1893, D. P., 1893, 2, 393; *J. Pal.*, 1893, 2, 224; Cass. Fr., 3 gennaio 1893, e la relazione del consigliere Denis, Sir. e *J. Pal.*, 1893, 1, 225; D. P., 1893, 1, 126; — Lyon, 4 giugno 1892, Sir. e *J. Pal.*, 1893, 2, 60; *Pand. pér. fr.*, 1893, 2, 197, e la nota; D. P., 1893, 2, 32; — *Pand. fr.*, *Rép.*, v. *Divorce*, n. 2702 e s.; — Huc, v. II, n. 417 e s.

Contra: Bruxelles, 25 giugno 1883, *Pasic.*, 1883, II, 338; — Gand, 7 giugno 1877, *Pasic.*, 1877, II, 279; — trib. Perpignan, 1895, D. P., 1895, 2, 333; — *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 1335 e s., i quali non ammettono però integralmente la teorica del Laurent; — Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 591 e s.

Confr. trib. Verviers, 3 aprile 1895, *Pasic.*, 1895, III, 282; — Cass. Fr., 30 luglio 1889, *J. Pal.* e Sir., 1892, 1, 391; *Pand. pér. fr.*, 1890, 1, 72; D. P. 1890, 1, 428; — Orléans, 30 marzo 1887, D. P., 1888, 5, 167; *J. Pal.*, 1888, 1213, i quali ammettono non occorrere che la pensione sia accordata dalla sentenza di divorzio; — Bordeaux, 16 giugno 1896, D. P., 1897, 2, 311, Sir. e *J. Pal.*, 1897, 2, 275; — Parigi, 16 giugno 1888, Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 711; — Douai, 29 giugno 1885, D. P. 1886, 2, 206; *J. Pal.*, 1886, 974; — Cass. Fr., 24 novembre 1886, D. P., 1887, 1, 335; *J. Pal.*, 1888, 1063 e la relazione del consigliere Dugallier che precede Cass. Fr., 7 aprile 1873, D. P., 1874, 1, 342; Sir., 1878, 1, 337; *J. Pal.*, 1873, 817.

In ispecie, quanto al momento in cui la pensione deve essere reclamata e quello in cui va stimata:

Sic trib. Bruxelles, 5 agosto 1875, Dall., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce*, n. 590, nota 1; — trib. Anversa, 31 ottobre 1891, Sir. e *J. Pal.*, 1892, 4, 16; — Cass. Fr., 10 marzo 1891, D. P., 1891, 1, 175, Sir., 1891, 1, 148; *J. Pal.*, 1891, 358; — Parigi 16 giugno, 1888, Sir., 1889, 2, 103; *J. Pal.*, 1889, 577.

Contra: Riom, 27 gennaio 1887, Sir., 1888, 2, 214; *J. Pal.*, 1888, 1, 1211.

805. Sull'argomento dell'articolo 301, volendo dimostrare l'erroneità della tesi che respinge, il Laurent scrive: « La pen-

« sione viene determinata con riguardo al numero dei figli af-
« fidati al coniuge attore. Questi vengono a morire. Dovrà
« l'altro coniuge continuare a corrispondere una pensione pel
« mantenimento di figli decessi? È un non senso » (n. 310).

L'argomentazione del Laurent è effetto di una singolare confusione di idee.

La pensione che l'articolo 301 permette di accordare al coniuge che ottenne il divorzio, è destinata, come dice il testo, ad assicurarne l'esistenza; per determinarla, bisogna tenere conto unicamente di questa necessità.

Siano stati, o no, affidati i figli al coniuge attore, la pensione dovrà sempre essere identica.

Infatti, l'articolo 301 è estraneo alla questione di sapere chi debba sostenere le spese relative al mantenimento e all'educazione dei figli. Codesto punto è risolto dall'articolo 303, ai cui termini i coniugi sono tenuti a contribuire a tali spese in proporzione delle loro sostanze. Quando dunque il coniuge, che ottenne il divorzio, ebbe la cura dei figli, avrà diritto, in forza dell'articolo 301, a una pensione alimentare, se versi in istato di bisogno, e potrà inoltre pretendere, a norma dell'articolo 303, una pensione proporzionale alle spese che esige il mantenimento della prole.

Importa fare questa distinzione, dappoichè la pensione, dovuta in forza dell'articolo 301, va determinata, come vedemmo, tenendo conto della condizione dei coniugi al momento in cui viene pronunciato il divorzio ed è revocata quando cessa di essere necessaria (v. il numero precedente), mentre la pensione, dovuta a sensi dell'articolo 303, varia secondo i bisogni dei figli e i patrimonî rispettivi dei coniugi.

Contra: Charleroi, 15 febbraio 1886, *Pasic.*, 1886, III, 222.

Confr. trib. Bruxelles, 28 marzo 1896, *Pasic.*, 1896, III, 263, pronunziata in tema di separazione personale; — Parigi, 20 ottobre 1886, D. P., 1888, 2, 101.

806. Il figlio affidato alla cura di un terzo può risiedere in luogo diverso da quello in cui abita il coniuge che ottenne il

divorzio. Costui ha il diritto, ove del caso, di obbligare l'altro a fornirgli i mezzi per recarsi a trovare il figliuolo. Non può contendersi che questo viaggio sia necessario perchè il coniuge che vi ha interesse possa esercitare il suo diritto di sorveglianza sul mantenimento e l'educazione della prole: trattasi perciò di una spesa fatta per l'educazione del figlio e, conseguentemente, dovrà essere sostenuta dal coniuge che ha mezzi sufficienti per soddisfarla (art. 303 del codice civile).

Sic Parigi, 19 luglio 1894, D. P., 1895, 2, 179.

807. La pensione alimentare di cui all'articolo 301 è concessa al coniuge che ottenne il divorzio a titolo di rifazione del danno che gli cagiona lo scioglimento del matrimonio. Egli potrà pertanto validamente transigere su questa indennità, come su qualunque altra: la convenzione che stipulasse in proposito non sarebbe annullabile siccome riflettente un debito alimentare di ordine pubblico. Tuttavia, essendo il diritto alla pensione una conseguenza del divorzio, il titolare del medesimo non può rinunziarvi prima del divorzio (v. *supra*, n. 799).

Confr. Cass. Fr., 30 luglio 1889, *Pand. pér. fr.*, 1890, 1, 172; D. P., 1890, 1, 428; Sir. e *J. Pal.*, 1892, 1, 391; — *Pand. belges*, v. *Divorce*, n. 1378 e s.

808. L'articolo 301 permette al coniuge, che ottenne il divorzio, di chiedere una pensione alimentare per provvedere al proprio sostentamento dopo la dissoluzione del matrimonio: che tale sia lo scopo della pensione risulta dalla lettera dell'articolo e dal ravvicinamento di questa disposizione colle due che la precedono (v. *supra*, n. 804 e segg.).

Donde risulta che la pensione è dovuta solo a far tempo dallo scioglimento del patrimonio. Se fosse dovuta dal giorno della domanda di divorzio, sarebbe un duplicato degli alimenti che l'attore può reclamare durante il giudizio di divorzio per applicazione dell'articolo 268 del codice (art. 240 nuovo). Riguardo

all' ultima norma del nuovo articolo 252, abbiamo già veduto come sia affatto estranea alla questione (*supra*, n. 760).

Contra: Pand. fr., Rép., v. *Divorce*, n. 2755; — DALL., *Rép.*, *Supp.*, v. *Divorce et séparation de corps*, n. 593.

Confr. Parigi, 13 dicembre 1895, SIR. e *J. Pal.*, 1896, 2, 80; — HUC, v. II, n. 416.

809. L' articolo 301 permette di concedere la pensione soltanto al coniuge che ottenne il divorzio: ne viene che se questo fosse stato pronunciato contro di entrambi, nessuno potrebbe pretenderla.

Sic trib. Tournai, 27 gennaio 1874, *Pasic.*, 1875, III, 52; — Cass. Fr., 27 gennaio 1891; SIR., 1891, 1, 72; *Pand. pér. fr.*, 1891, 1, 335; *J. Pal.*, 1891, 153; — 24 novembre 1886, D. P., 1887, 1, 335; *Pand. pér. fr.*, 1887, 1, 81; *J. Pal.*, 1888, 1063; — 7 aprile 1873, SIR., 1873, 1, 337; *J. Pal.*, 1873, 817.

Cfr. *supra*, n. 803.

810. Allorchè il divorzio è pronunciato in forza dell'articolo 310, l'obbligo alimentare, siccome risulta dal matrimonio, vien meno con esso.

In tal caso l'articolo 301 può essere invocato anche dal coniuge che ottenne la separazione personale, si estenda o meno questo disposto di legge alla separazione (LAURENT, vol. III, n. 348).

Se ne venne fatta applicazione al tempo della separazione personale, continua l'istesso stato di cose, poichè gli effetti della separazione, identici a quelli del divorzio, non sono modificati dal provvedimento di conversione (*supra*, n. 646).

Se l' articolo 301 fu ritenuto inapplicabile alla separazione personale, il coniuge contro cui questa fu pronunciata, può, a far tempo dal divorzio, reclamare il beneficio di detta disposizione; infatti, il provvedimento di conversione crea, senza agire retroattivamente, una condizione di cose identica a quella che si sarebbe verificata qualora, originariamente, fosse stato pronunciato il divorzio e non la separazione.